

Nåtidens og fremtidens Vinningskriterium (Inkl. relevante temaer)

Universitetet i Oslo



Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 635

Leveringsfrist: 25.04.11

(* regelverk for masteroppgave på:

www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5030/reglement/vedlegg_emnebeskrivelse_masteroppgaver_JUR5030_5060.html)

Til sammen 17996 ord

25.04.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>3</u>
1.1	Presentasjon av tema	3
1.2	Avgrensning av tema	5
1.3	Videre fremstilling	5
<u>2</u>	<u>UBERETTIGET VINNINGS HENSIKT</u>	<u>7</u>
2.1	Innledning	7
2.2	Vilkårets innhold	7
2.2.1	”Hensikt”	7
2.2.2	”Skaffe seg eller andre”	10
2.2.3	”Vinning”	11
2.2.4	”Uberettiget”	16
2.3	Det spesielle med tyveri (tilegnelse)	19
2.4	Når må uberettiget vinnings hensikt foreligge?	21
2.5	Spesielle problemstillinger	22
2.5.1	Villfarelse og uberettiget vinnings hensikt	22
2.5.1.1	Faktisk villfarelse	22
2.5.1.2	Rettslig villfarelse	24
2.5.2	Selvforskyldt rus og uberettiget vinnings hensikt	27
2.5.3	Medvirkning og uberettiget vinnings hensikt	28
2.6	Eksempler der uberettiget vinnings hensikt ikke foreligger	30
<u>3</u>	<u>FORSETT OM UBERETTIGET VINNING</u>	<u>35</u>
3.1	Innledning	35

3.2	”Forsett”	36
3.2.1	Innledning	36
3.2.2	Hensiktsforsett	37
3.2.3	Visshetsforsett / sannsynlighetsforsett	38
3.2.4	Eventuelt forsett	40
3.3	Endringen i praksis	43
3.4	Lovendringens betydning for de spesielle problemstillingene	47
3.4.1	Uvitenhet og forsett om vinning	47
3.4.1.1	Faktisk uvitenhet	47
3.4.1.2	Rettsuvitenhet	48
3.4.2	Selvforskyldt rus og forsett om vinning	50
3.4.3	Medvirkning og forsett om vinning	51
3.5	I hvilken grad medfører endringen generell nykriminalisering?	52
<u>4</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>56</u>
<u>5</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
5.1	Bøker:	57
5.2	Lover:	57
5.3	Forarbeider:	58
5.4	Domsregister	59
5.5	Elektroniske dokumenter	61

1 Innledning

1.1 Presentasjon av tema

Straffeloven avløste kriminalloven av 1842 i 1905. Med tanke på den generelle utviklingen samfunnet har gjennomgått siden begynnelsen av 1900-tallet har behovet for ny straffelov økt. Dagens justisminister har uttalt at ”dagens straffelov ble laget for over 100 år siden, av og for menn. Det er på høy tid med fornyelse”.¹ Arbeidet med ny straffelov startet med oppnevningen av straffelovskommisjonen i 1980. Nest siste sluttstein ble lagt 28.05.09 da siste delproposisjon ble vedtatt i stortinget. Ikrafttreden gjenstår, som vil fastsettes ved lov når omfattende økonomiske og administrative forberedelser er gjennomført.²

Straffbarhetsvilkåret skyld har stått sentralt i strafferetten helt siden reformen omkring 1800-tallet, med positivismens tanker om likebehandling, proporsjonalitet og skyldprinsipper. Bakgrunnen var at straff skulle være individuelt rettferdig. ”Bare hvis man fra et moralsk standpunkt kunne bebreide gjerningsmannen hans handling, var det på sin plass å straffe ham, og straffen måtte stå i et rimelig forhold til forbrytelsen.”³ Den nye straffeloven har på nytt aktualisert temaet. Endringer av betydning er at lovkonsipistene har standardisert skyldkravene og ulike skyldprinsipper kommer til uttrykk i loven.

Graden av skyld og skyldens rekkevidde er avgjørende for i hvilken grad eller omfang en kan straffes. Det kan spørres om hva skylden må omfatte. I straffelovgivningen fremgår det at skylden må dekke alle elementene i gjerningsbeskrivelsen. Det kalles dekningsprinsippet. Hvis skyldkravet er forsett må forsettet dekke hele gjerningsbeskrivelsen. Spesielle regler kan likevel komme inn og medføre noe annet. Det kan være regler om objektivt ansvar, villfarelse, objektivt overskudd eller det som delvis er oppgavens tema, subjektivt overskudd.

¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/lovarbeid/ny-straffelov.html?id=494382>

² Etter informasjon fra JD's presse og informasjonsenhet

³ Knophs, Ragnar. *Oversikt over Norges rett*. (2004) s.763

Subjektivt overskudd er motsatsen til objektivt overskudd. Subjektivt overskudd handler kort forklart om at straff forutsetter ytterligere skyld enn det som kreves i relasjon til den straffbare handlingen. Det må foreligge noe mer enn en forsettelig eller uaktsom handling/unnløstelse. Den forbryterske vilje må være større enn bare det å gjennomføre den straffbare handlingen. Konsekvensen blir at "bare personer som handler tilstrekkelig straffverdig rammes".⁴

I straffeloven er det ulike subjektive overskudd. Det mest vanlige er der loven krever at det ligger en hensikt bak handlingen, og oftest uberettiget vinnings hensikt, som bl.a. kreves for å kunne pådømme for vinningsforbrytelser. Det kan stilles spørsmål om hvorfor vi har et slikt vinningskriterium. I forarbeidene til straffelovens tyveriparagraf fremgår det at "det er en dyptgående forskjell mellom de tilegnelser som blir gjort i vinnings hensikt og de hvor denne mangler. Enhver rettstridig besittelsestagelse ville ellers falle inn under tyveri".⁵

Formålet bak uberettiget vinnings hensikt kan synes å ha vært todelt. På den ene siden fremstår et ønske om at bare handlinger som er motivert av tanken på vinning skal kunne rammes. På den andre siden et ønske om at gjerningsbeskrivelsenens anvendelsesområde skal innskrenkes, en slags utvidet rettstridsreservasjon. Intensjonen med å kriminalisere handlinger motivert av vinning var god. Å skaffe en vinning er et spesielt kjennetegn som kan gjøre handlinger straffverdige, men som oppgaven redegjør for i avsnitt 3.1 kan det diskuteres om lovgivers virkemiddel var det mest hensiktsmessige.

Dels har det vært en kritikk av nåværende lovs motiver, dels har det vært ønske om å standardisere og forenkle ulike skyldkrav mest mulig, og dels ønske om større nordisk harmoni. Det har medført at vinningskriteriet endres i den nye straffeloven. Som oppgaven skal redegjøre for endres det subjektive overskuddet for bl.a. vinningsforbrytelsene ved at hensikt erstattes med forsett. Lovendringen er oppgavens hovedtema. Når det lempes på et sentralt vilkår i strafferetten er det av betydning å kartlegge hva det kan medføre. Vil det bli lettere å pådømme vinningsforbrytelser i fremtiden?

⁴ Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.263

⁵ Ot.prp 1948 s.25

1.2 Avgrensning av tema

Kravet om uberettiget vinnings hensikt fremgår i dagens straffelov av mange regler som verner ulike interesser. I tillegg fremgår det av spesiallovgivningen. I den nye straffeloven vil kravet om forsett om vinning også følge av mange ulike regler. Selv om kravene generelt er like ses det som hensiktsmessig å avgrense hvilke straffbare handlinger som behandles. Det kan ikke utelukkes at kravene kan variere noe, slik at det vil sprengte rammen for denne fremstillingen om alle områder skal drøftes. Av den grunn avgrenses oppgaven til primært og omhandle noen av vinningslovbruddene som følger av kap. 27 i ny straffelov. Forbrytelsene som omhandles er tyveri, underslag, utpressing og ran.

Utvalget av regler er ikke tilfeldig. Basert på kriminalstatistikken⁶ utgjorde de utvalgte forbrytelsene 56,58% av alle anmeldte forbrytelser i perioden 2000 til 2009. I samme periode stod de samme forbrytelsene for 18,04% av alle straffereaksjonene. Dette viser bl.a. at påtalemyndigheten og domstolen må ta stilling til oppgavens subjektive overskudd mange ganger. Når de i tillegg fremgår av en rekke andre regler, enn de utvalgte, får en inntrykk av at de har en sentral plass i strafferetten.

Utvalget av forbrytelser er egnet til å belyse likheter og ulikheter i kravene. Kravene er noe forskjellig formulert i straffeloven, og for eksempel i tyveribestemmelsen suppleres kravet ytterligere. I lov om straff er derimot kravene formulert rimelig identisk, med unntak av tilføyselsen til tyveri. En fyldig drøftelse rundt de utvalgte forbrytelsene vil kunne gi god oversikt over hva som ligger i uberettiget vinnings hensikt og hva som forventes å ligge i forsett om uberettiget vinning.

1.3 Videre fremstilling

Den videre oppgaven vil søke å gi en redegjørelse av hva som ligger i kravet om uberettiget vinnings hensikt, for deretter forsøke å angi hva forsett om vinning vil innebære. Sentrale spørsmål vil være hva som omfattes, hva som ikke omfattes og hva endringen vil medføre.

⁶ SSB.no

Tilgrensende temaer som villfarelse, rus-handlinger og medvirkning drøftes kort på grunn av særlig praktisk betydning. Vinnings hensikt behandles i avsnitt 2. Forsett om vinning behandles i avsnitt 3.

Ettersom lovendringen er partiell ved at bare en del av vilkåret endres synes det hensiktsmessig å gi en særlig grundig og utfyllende redegjørelse av vinnings hensikt. Det har også sammenheng med at vinnings hensikt høyst trolig vil stå sentralt i fremtiden, selv om loven endres. Det er grunn til å tro at påtalemyndigheten vil fortsette å prosedere på vinnings hensikt, siden deres oppgave er å prosedere på den skyld som best uttrykker handlingens straffverdighet. Ofte er det klart at nettopp vinnings hensikt foreligger.

Under utarbeidelsen av oppgaven har spørsmålet om nykriminalisering stått sentralt, og ikke om det motsatte, at noe ikke lengre skal ses på som ulovlig. Av den grunn er det særlig aktuelt å kartlegge hva som i dag faller utenfor, for deretter å vurdere om det for fremtiden vil omfattes. Nykriminalisering vil belyses mot slutten av avsnitt 3.

Avslutningsvis i avsnitt 4 anføres egne bemerkninger. Lovendringen vil kommenteres og en form for slutninger på forskningsprosjektet vil fremsettes.

2 Uberettiget vinnings hensikt

2.1 Innledning

Tas utgangspunktet i den vanlige betegnelsen, vinnings hensikt, kommer en noe galt av sted og en risikerer å ikke få med seg det fulle bildet. Den relevante ordlyden for denne delen av oppgaven lyder som følger: "I hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning". En ser straks at kravet kan deles opp i flere vilkår som leder til ulike vurderinger, men at vilkårene står i innbyrdes sammenheng med hverandre.

Ser en begrepene i sammenheng kan en legge merke til at vilkårene er kumulative. Hensikt sier noe om kvantiteten. Tankevirksomheten må ha foregått på et visst nivå for å omfattes av kravet. Siden hensikt er et ubestemt substantiv må det suppleres med resten av ordlyden. Den sier noe om det kvalitative eller innholdsmessige, altså hvilke tanker en forbryter må ha gjort seg. I det følgende behandles vilkårets ulike deler isolert.

2.2 Vilkårets innhold

2.2.1 "Hensikt"

Hensikt er et av strafferettens vanlige skyldbegreper. Det har fått et konkret og avgrenset innhold gjennom praksis og teori. Hensikt er et strengere krav enn de fleste andre skyldformer, det blir dermed et kvalifisert skyldkrav.

Det er sjelden tvil om det konkrete innholdet. Knophs skriver: ”Hensikt kan kun optre ved menneskelige handlinger, og handling kalles en legemsbevegelse, som har sin årsak i en bevisst viljesakt.”⁷ En kan således slutte at hensikt er tanker som skjer forut for handlingen og som medvirker til å sette handlingen i gang. Handlingen blir således et resultat av en bestemt forestilling, som for eksempel hvis en setter seg et mål og deretter gjør det som fremstiller seg som nødvendig for å nå det.

Den naturlige språklige forståelsen av hensikt er synonym med intensjon, mål, mening, formål eller plan. Når motivet for handlingen er ønske om å fremkalle en bestemt følge eller resultat vil hensikt foreligge. Hensikt beskriver således en viljeshandling eller noe som er tilsiktet.

Ved rene reflekshandlinger vil det ikke foreligge noen relevant hensikt, men hensikt kan foreligge selv om handlingen tilsynelatende er spontan, såfremt den er tilstrekkelig målrettet. For eksempel vil det ikke foreligge noen tyvshensikt dersom en person uheldigvis forveksler sin sykkel med en tilsvarende som står ved siden av, og bruker den som sin egen. Annerledes vil det være dersom en person under en spasertur ser en person som setter fra seg sin sykkel, og deretter plutselig bestemmer seg for å tilegne seg sykkelen, slik at den kan videreselges.

Det skal mer til for å oppfylle et hensiktskrav enn et forsettskrav selv om overgangen er glidende, tatt i betraktning forsettformen hensiktsforsett. Grensen nedad kan med det bli vanskelig å trekke, men den kan trekkes helt ned til sannsynlighets- eller visshetsforsett. ”Det er ikke nok at gjerningspersonen har forutsett følgen som sikker eller overveiende sannsynlig.”⁸

Oppad grenser hensikt mot overlegg. Overlegg handler om handlinger som er et ”resultat av overveielse, ikke som utslag av en umiddelbar handlingsimpuls”.⁹ Dersom gjerningsmannen har hatt tid og anledning til overveielse, og også brukt tiden til nettopp dette, og deretter bestemt seg for å gjennomføre handlingen, vil det foreligge overlegg. ”Hensikt kan foreligge uten overlegg” og overlegg kan foreligge uten hensikt.¹⁰ Dersom en person får en plutselig

⁷ Knophs, Ragnar. *Hensiktens betydning mellem rett og urett*. (1921) s.36

⁸ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene v/ Andorsen, Kjell*. (2008) s.322

⁹ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2009) s.242

¹⁰ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2009) s.242

tanke om å slå ned en person og rane han handles det med ranshensikt, men ikke overlegg. På den andre siden kan man si at hvis en har planlagt å drepe en person og gjør det handles det med overlegg, men dersom han etterpå ser en mulighet til å frata personen eiendeler har han ikke handlet med ranshensikt. Noe annet er at tyvshensikt foreligger.

Et spørsmål som reiser seg er hvis en person går inn i en bank og påfører banksjefen vold før han går ut igjen. På veien ut putter en fryktfull kunde alle verdisakene sine i lommene hans i den tro at det hele var et ran. Kan personen da straffe for ran? Svaret er nei. Erverv av verdisaker var ikke formålet eller motivet for handlingen. Det samme vil være tilfelle med fangen som rømmer i anstaltens klær. Det er ikke en vinningsforbrytelse når vinning kun inntreffer som aksessorisk følge.¹¹

En person kan planlegge å bruke vold eller trussel i en bank for å bemektige seg penger. Hvis det viser seg at personen ikke klarer å få med seg penger eller at det ikke er penger tilstede, kan personen da straffes for å ha handlet med hensikt? Svaret er ja. At vinningen oppnås kreves ikke.¹² Forbrytelsen vil være fullbyrdet i og med at personen går inn i banken med et mål om å skaffe seg noe. Det var tilfelle i Rt.1992 s.1258. En mann gikk inn i en bank og ropte ”dette er et ran”. Bankfunksjonæren la så pengene på skranken, men før raneren rakk og ta de ble han overmannet. Høyesterett mente det forelå fullbyrdet ran. Et annet eksempel som viser samme problemstilling er tyven som borttar penger. Så viser det seg at pengene ikke lenger er gyldige. Han kan likevel straffes for fullbyrdet tyveri.¹³

En annen sak er at vinnings hensikt ”ikke trenger å være handlingens endelige mål”.¹⁴ En person som raner til seg penger for å gi til fattige kan straffes for ran, selv om slutthensikten er god og vinningen bare synes midlertidig. ”Det endelige mål kan være ideelt nok, men den uberettigede vinning er tilsiktet som ledd i arbeidet for et fjernere mål, og mer kreves ikke.”¹⁵

¹¹ Matningsdal, Magnus. Norsk spesiell strafferett. (2010) s.275

¹² Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.317, Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2009) s.241 og Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.305

¹³ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.317

¹⁴ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.322

¹⁵ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.322

Det kan utledes av rettspraksis at det heller ikke er nødvendig at vinning er handlingens eneste hensikt¹⁶ og heller ikke hovedhensikten.¹⁷ Dersom vinning har inngått i en gjerningspersons beregning og vært medbestemmende for handlingen vil hensiktskravet være oppfylt. For eksempel vil en person kunne straffes for ran dersom han raner til seg en ting for å bruke den en gang selv, for deretter å ødelegge den.

2.2.2 "Skaffe seg eller andre"

Det vanligste vil være å ha til hensikt å skaffe seg selv en vinning, "men loven likestiller dette med å skaffe andre en vinning".¹⁸ Det avgjørende blir således ikke hvem som sitter igjen med vinningen. Hvis en handling resulterer i uberettiget vinning for noen kan personen som fremkalte den straffes for vinningsforbrytelse, hvis et slikt resultat var motivet.

En person som i likhet med Robin Hood stjeler for å gi til de fattige gjør seg skyldig i tyveri. Hensikten hans var ikke å skaffe seg selv en vinning, men andre. Robin Hood er kanskje ikke helt treffende siden han selv og hjelperne brukte av verdiene. De kunne ha vært straffet selv om loven bare hadde omfattet det å skaffe seg selv en vinning.

Et annet eksempel kan belyse problemstillingen bedre. Hvis det er flere om et tyveri og en skal sitte igjen med verdien skapes vinningen direkte for en av deltakerne. A hjelper B til å stjele en ting som både A og B vil at B skal ha alene. B handler da i hensikt å skaffe seg en vinning, mens A handler i hensikt å skaffe en annen, nemlig B, en vinning.¹⁹ De har begge fullbyrdet et tyveri.

Ved ran kan flere være sammen om å utøve vold. Hvis alle er enige om at formålet bak volden er å bemektige seg gjenstander kan alle straffes for ran, selv om bare en av dem tar verdisaker.

¹⁶ For eksempel Rt.1960 s.46 eller Rt.1974 s.648, som begge gjaldt ulovlig fiske.

¹⁷ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.322

¹⁸ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.322

¹⁹ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.322

Derimot hvis flere er sammen om å utøve vold uten at felles formål er bemektigelse av verdier kan ikke alle straffes for ran hvis en av deltakerne har til hensikt å bemektige seg verdier.²⁰

2.2.3 "Vinning"

Hva menes med vinning? Semantisk sett stammer ordet fra begrepet å vinne. Det kan trekke i retning av at vinning er noe som kan oppnås som en følge eller et resultat av en prestasjon. Det er nærliggende å tenke på gevinst eller utbyttet. Dersom ordlyden tolkes isolert kan en komme frem til at synonymer kan være å tjene noe, fortjeneste, fordel, eller fortrinn. I utgangspunktet kan dermed vinning være mye.

I en juridisk sammenheng har begrepet snevrere omfang. Praksis og teori har gjennom historien søkt å definere begrepet. I utgangspunktet kan vinning på mange måter sammenlignes med en fordel, selv om en fordel språklig sett kan omfatte mer.²¹ Et spørsmål kan være hvilke fordeler som omfattes.

En sontring går mellom ting som har økonomisk verdi og ting uten formuesverdi. Fordeler med økonomisk verdi naturligvis omfattes.²² For eksempel vil biler, kunst, kontanter og lignende anses som vinning.

Det var lenge en oppfatning at bare eiendeler med økonomisk verdi skulle omfattes slik at det som kjennetegnet vinningsforbrytelser var at handlingen tok sikte på en overføring av en formuesverdi fra den berettigede til en uberettiget.²³ Det var med andre ord ikke tilstrekkelig med vinning for gjerningsmannen. "Vinningen må korrespondere med et formuestap."²⁴

²⁰ Se avsnitt 2.5.3 om medvirkers rolle.

²¹ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2002/nou-2002-04/8.html?id=380420>

²² For eksempel Hagerup, Francis. *Straffeloven*. (1916) s.8 og Skeie, Jon. *Den norske strafferett*. Andre bind (1946) s.246

²³ Straffelovskommisjonen 1896. Udkast til Alminnelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge. S.240

²⁴ For eksempel Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.317, Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (2047) til Straffeloven.

I praksis vil formuesoverføring ofte være tilfellet der gjerningsmannen tar noe med økonomisk verdi, men kravet om formuesoverføring er blitt kraftig kritisert siden det ikke fremgår av ordlyden. Høyesterett har også vært kritisk til oppfatningen. I Rt.1975 s.473 ble det tatt avstand fra den. Saken handlet om tyveri av sjekkblanketter. I byretten ble tiltalte frifunnet for tyveri ettersom retten mente det var tvilsomt om det forelå noen selvstendig vinning ved å bortta utfylte blanketter. Påtalemyndigheten anket lovanvendelsen til Høyesterett som opphevet byrettens dom. I Høyesterett ble det avgjørende at man kunne dømmes for tyveri selv om det ønskede resultat ikke ville oppstå før ved en senere handling. Det avgjørende måtte være om det forelå vinnings hensikt ved handlingstidspunktet. Videre ble det konkret slått fast at selv blanketter, som ikke hadde noen økonomisk verdi eller medførte noe tap, ble å anse som vinning. Førstevoterende viste til teorien og konkluderte med at det ikke var et vilkår for straff at handlingen tok sikte på en overføring av en formuesverdi. Innskrenkende tolkning ga ikke ordlyden rom for. Når det gjaldt sjekkblanketter, som i utgangspunktet er tilnærmet verdiløse, kom Høyesterett med følgende generelle uttalelse som kan ha overføringsverdi til likende objekter med tilsvarende verdi:

”... kan det å bli fratatt sine sjekkblanketter medføre betydelige ulemper, selv om gjerningsmannen ikke kommer så langt som til å fylle dem ut og forsøke å heve penger på dem. Når på den annen side motivet for å tilegne seg en annens sjekkblankett er å bruke dem som et middel til å skaffe seg en uberettiget vinning, må dette være tilstrekkelig til at forholdet rammes av §257. Tilegnelsen er utvilsomt straffverdig i seg selv, og hvorvidt den senere blir fulgt opp med et bedrageri eller bedrageriforsøk, kan ikke være avgjørende for straffbarheten”.

Sondringen mellom ting med og uten verdi blir etter dommen mindre viktig. Sammenhengen mellom vinning og fordel blir tydeligere. Selv ting med meget liten verdi kan anses som vinning. Mer avgjørende er hvordan gjerningsmannen planlegger å utnytte tingen. Generelt kan dommen indikere at enhver som skaffer seg en gjenstand i den hensikt å utnytte den for egne formål skaffer seg en vinning, uavhengig av om gjenstanden har særlig egenverdi.

At vinning ikke trenger å relateres til verdien kan videre illustreres med Rt.1964 s.155. Saken handlet om ”en 17 år gammel gutt som stjal noen dynamittpatroner med lunter og fenghetter. Han hadde ikke klart for seg hva han skulle bruke dem til og hevdet at det ikke forelå vinnings hensikt. Høyesterett var ikke enig i dette, og førstevoterende uttalte bl.a. at han ’har

tilegnet seg gjenstander med formuesverdi i den hensikt å bruke dem for egne, men foreløpig ubestemte formål, og dette må være tilstrekkelig til at vinnings hensikt foreligger”²⁵

Dommen kan indikere at Høyesterett strakk ytterligere på vinningsbegrepet. Dersom en skaffer seg noe av verdi som potensielt kan medføre en fordel så vil det foreligge vinning.

Når det gjelder ting uten formuesverdi, altså nesten fullstendig uten økonomisk egenverdi, blir løsningen noe mer usikker.²⁶ Et slikt spørsmål har ikke vært oppe til behandling i Høyesterett. Hvis gjerningsmannen utelukkende er ute etter en gjenstand som kun har affeksjonsverdi, som for eksempel privatbrev eller fotografier, har det vært hevdet at det kan være på sin plass å eventuelt bare pådømme etter §392. ”Motivet vil da avvike sterkt fra det typiske tyvsmotiv slik at mildere behandling kan være på sin plass, og at det kan være en rimelig tolkning av loven at vinning forutsetter noe mer håndgripelig enn tilfredsstillelsen av en affeksjonsinteresse.”²⁷ Det kan reises kritikk mot et slikt standpunkt.

Selv om verdien er liten bør det ikke være til hinder for at det foreligger vinning. Fotografier og liknende har en form for verdi, selv om den er liten. Det kan anføres at også affeksjonsverdi er en størrelse som fastlegges i mange sammenhenger slik at tilegnelse ut fra affeksjon ikke er verdiløs. Selv om den objektive verdien er liten eller ubetydelig bør den subjektive oppfattelsen av gjenstandens verdi være tilstrekkelig og kunne legges til grunn, i tråd med subjektive forestillingers betydning generelt. En som ønsker en ting og som skaffer seg tingen for å berike seg selv, har vinnings hensikt uavhengig av objektets objektive verdi. Skaffer man seg en ting på urett vis fra en annen i den hensikt å berike seg selv, selv om det bare er affeksjonsmessig, så har man tyvsmotiv og bør straffes som det. Hvis verdien er liten kan det muligens være hensiktsmessig å straffe for naskeri. Uansett kan vektlegging av subjektive forestillinger om verdi medføre en mer konsekvent tolkning av begrepet vinning ved at parallellen til fordel blir klarere, sett i lys av Rt.1964 s.155 og Rt.1975 s.473.

I teorien er det usikkerhet hvorvidt det å ta reseptblanketter der hensikten er å skaffe seg narkotika/legemidler til eget bruk kan anses som tyveri. Spørsmålet er da ikke om narkotika i

²⁵ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.318

²⁶ For eksempel Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.318

²⁷ For eksempel Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.318

seg selv kan være en vinning. Det er slått fast i flere avgjørelser,²⁸ og det samme kan da gjelde for ulovlige legemidler.²⁹ Tilfeller der målet er narkotika/legemidler for videresalg må i tillegg holdes utenfor.

Spørsmålet som kan reises er om narkotika/legemidler kan være en vinning i lovens forstand dersom det kun er til eget bruk,³⁰ og således formålet dersom en borttar reseptblanketter. Det er vanskelig å ha noe sikkert svar. Høyesterett har ikke tatt klart standpunkt. Tilfellene kan variere stort slik at reelle hensyn trolig vil være avgjørende, siden ordlyden ikke er klarere. For å illustrere hvor komplisert spørsmålet er kan noen eksempler trekkes frem. Hvis en som er syk, men tilregnelig, stjeler reseptblanketter for å få rask tilgang til reseptbelagte medisiner han har behov for, fordi ventetiden i helsevesenet er lang, vil nok mange være enig i at han muligens ikke bør stemples som tyv. En kan neppe si at det foreligger noen vesentlig fordel når reseptblankettene tas. Fordelen ved å unnslippe en eventuell ventetid vil trolig være så marginal at det neppe er rimelig å stemple han som tyv. Hensynene til prevensjon og straffverdighet vil ikke veie påfallende tungt. Her kommer samfunnet bra ut av det ved å straffe for dokumentfalsk og eventuelt besittelseskrenkelse.

Annerledes er situasjonen der en festglad stjeler reseptblanketter for å skaffe seg amfetamin eller lignende, slik at han kan ha det artig på fest. Den normale oppfatning, dersom en god fest er målet, vil nok være at personen skaffer seg en fordel han ikke har krav på. Når personen er uten god grunn for å skaffe midlene vil hensynene til straffverdighet og prevensjon slå inn og trekke i samme retning, for streng straff. Andre hensyn vil neppe trekke i frifinnende retning. Tyvstemplet vil kunne være naturlig.

Dersom slike spørsmål kommer opp for retten er det ikke sikkert hva konklusjonen blir. Det vil trolig skje en avveining der de ulike reelle hensyn vil stå sentralt, det være seg straffverdighet, prevensjon, reglenes effektivitet og konkret rimelighet. I alminnelighet bør det muligens sondres mellom ulike tilfeller. En bestemmende faktor kan være hvorvidt det foreligger sykdom, der selvpåført avhengighet kommer i et vanskelig mellomstadium. En annen kan være formålet bak bruken, og for eksempel om det som søkes oppnådd er noe man bør

²⁸ For eksempel Rt.2009 s.1531

²⁹ Se Rt.1958 s.227

³⁰ For eksempel Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.319

være i besittelse av. Enda en kan være hvorvidt middelet/bruken er lovlig eller ulovlig, der ulovlighet kan øke straffverdigheten. Til slutt kan det få betydning hvorledes det forventede omfang er, med tanke på utnyttelse, der ethvert overforbruk i seg selv kan medføre økt straffverdighet.

Et annet området som er blitt belyst er der en tilegner seg rasjoneringskort eller lignende i tider med vareknapphet for å skaffe varer til personlig bruk. Etter teorien må tilfeller der en søker å selge kortene eller varene holdes utenfor. På den ene siden kan det å øke sitt forbruk ikke sies å representere noen økonomisk fordel.³¹ På den andre siden fungerer ikke det vanlige marked som normalt. ”Retten til å skaffe seg ettertraktete varer representerer da en høyst reell fordel som det synes naturlig å betrakte som vinning i lovens forstand.”³² Det siste er slått fast i rettspraksis, se bl.a. Rt.1952 s.205, der generalpreventive hensyn ble avgjørende. Slutningen kan bli at dersom man i slike situasjoner tilegner seg mer enn man har krav på så representerer det en vinning.

En parallell kan trekkes til de tilfeller der en tar noe mot full betaling. I utgangspunktet anses det ikke som vinning,³³ med mindre det foreligger knapphet. Det samme vil være tilfelle i situasjoner der noe stjeles eller underslås, og gjerningspersonen i etterkant sier at han tenkte å betale tilbake.³⁴

I utgangspunktet vil det ikke foreligge en vinning hvis planen er å tilbakebetale. Derimot dersom hensikten er å skaffe seg en henstand som en ellers ikke kan regne med, altså en uberettiget kredittytelse eller et lån, må det anses som vinning,³⁵ selv om det ikke medfører noe økonomisk overskudd. Parallellen til fordel viser seg klart. Problemstillingen er særlig aktuell for underslagsaker, se bl.a. Rt.1986 s.744. Saken handlet om en postfunksjonær som ble dømt for grovt underslag. Tilegnelsene skjedde åpent fra kassen og personen la lapp i kassen hver gang. Dagen etter avsløring var beløpet tilbakebetalt ved hjelp av banklån. Selv om personen tilbakebetalte beløpet måtte det anses å foreligge en rettsstridig vinning.

³¹Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.319

³²Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.319

³³Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.320

³⁴Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.320

³⁵Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.320

Tilbakebetalingshensikt kan stille seg annerledes dersom en person ikke har plikt til å holde midler i egen kasse eller plikt til å separere verdier. Da er forutsetningen for å unngå at det foreligger vinning at personen har dekning for kravet.³⁶

Hvordan skal det bedømmes hvis en borttar noe som skal forbrukes? Et eksempel kan være dersom en person stjeler en flaske øl som planlegges å fortæres med en gang. I slike tilfeller vil vinningskravet være oppfylt. I tråd med ordlyden vil det i utgangspunktet også foreligge en vinning der noe forbrukes selv om det etterlates i fin stand. Ved for eksempel ran vil det foreligge en vinning hvis en gjerningsmann øver vold mot en person for å bemektige seg et kjøretøy som trengs til en kjøretur. En gratis kjøretur er i seg selv en vinning.³⁷ Begrepet vinning strekkes dermed til å omfatte bruksfordeler. "Varig vinning kreves ikke."³⁸ Således vil det anses som vinning dersom en stjeler noe som senere går i stykker slik at personen ikke får det med seg hele veien til bestemmelsesstedet sitt.

2.2.4 "Uberettiget"

Dersom en tenker på den alminnelige betegnelsen vinnings hensikt kan en glemme et sentralt moment. Vinningen som søkes oppnådd må være uberettiget. Isolert sett kan ordlyden tilsi at dersom man er uten lovlig rett til vinningen vil den være uberettiget. Sagt på en annen måte må det foreligge en vinning en ikke har krav på.³⁹

Ettersom vinningen må være uberettiget må man sonde mellom tilfeller der vinningen er berettiget og der den ikke er det. Enklest er det i de tilfellene det ikke er noe forhold, relasjon eller tilknytning mellom fornærmede og gjerningspersonen. Da vil en eventuell vinning alltid være uberettiget. Det synes således klart at lovgiver har ønsket at i noen av de tilfellene det foreligger et underliggende tilknytningsforhold så skal det ikke vurderes som vinningsforbrytelse dersom en part tar seg til rette. Dette har gode grunner for seg, spesielt i

³⁶ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.348-349

³⁷ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.376

³⁸ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.318

³⁹ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.321

nære relasjoner. Konsekvensen kan bli at i en vurdering av hvorvidt vinningen er uberettiget bør en først undersøke om det er noe forhold mellom partene. Blir svaret nei, vil vinningen nesten alltid være uberettiget. Blir svaret ja, må en gjøre flere vurderinger.

Dersom gjerningspersonen materielt sett har et akseptert rettslig krav mot fornærmede så vil ikke tilegnelse av en tilsvarende fordel være uberettiget. Det forutsetter trolig at motytelsen er oppgjørsmoden. Forfalltid/leveringstid må være kommet.⁴⁰ Det å ta seg til rette før en har lovlig tilgang vil kunne anses som uberettiget kredittytelse.

Utgangspunktet når det gjelder selvtækthandlinger, både lovlige og ulovlige, blir dermed at de ikke kan straffes som vinningsforbrytelse.⁴¹ ”En ulovlig selvtækt, hvor gjerningsmannen ved egenmektig opptreden skaffer seg noe han har krav på i forhold til eieren, i stedet for å gå rettens vei, kan ikke straffes som tyveri.”⁴²

Ved selvtækthandlinger blir det nødvendig å vurdere hvor langt de rekker. Det kan tenkes å foreligge en uberettiget vinning selv om det skjer selvtækt. Dersom gjerningspersonen skaffer seg større goder enn han har krav på kan det foreligge en uberettiget vinning hva gjelder det overskytende. Det kan også være tilfelle der sannsynligheten for berettigelsen av motkravet er svært lav.⁴³

Dersom man har kjøpt og betalt en gjenstand vil det ikke foreligge tyveri om man tar den mot selgers vilje.⁴⁴ Det vil ikke være vinning når det er overensstemmelse mellom ytelsene, og tilegnelse vil ikke i utgangspunktet anses uberettiget.⁴⁵ Allikevel kan det tenkes at gjerningsmannen kan straffes etter §392, men dersom eiendomsretten har gått over ved prestering av en ytelse vil også det være utelukket. En overgang av eiendomsretten vil således utelukke straffbarhet. Tingen blir ens egen og da kan man ikke gjøre noe man kan bebreides for mot andre. Interessene vinningsforbrytelsene beskytter vil ikke være krenket.

⁴⁰ Skeie, Jon. *Den norske strafferett*. Andre bind, andre utgave (1946) s.250

⁴¹ For eksempel Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. (2010) s.269 eller Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.321

⁴² Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.321

⁴³ Se avsnitt 2.3.

⁴⁴ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.320

⁴⁵ Se Innst. 1888 s.56 (straffelovskommisjonen)

Det kan tenkes at en bedriftseier skylder noe og kreditor kommer og tar seg til rette. Det byr ikke på problemer dersom bedriftseieren har god dekning for kravet. Dersom bedriftseieren derimot er i en vanskelig økonomisk situasjon og insolvens foreligger kan kreditors egenmektige opptreden, ved på egen hånd og ta tilbake fra midler som andre kan søke dekning i, skaffe seg en fordel han ikke har krav på. Da kan vinningslovbrudd pådømmes i forhold til andre kreditorer.⁴⁶ Det var tilfelle i Rt.1988 s.1368. En kreditor tilegnet seg varer fra et pantebelagt varelager til en debitor som var gått konkurs.

Et tema som har vært oppe flere ganger er hvordan krav på oppgjør av narkotika skal behandles. Utgangspunktet er at slike krav ikke anerkjennes av rettsordenen. Det kan ikke tvangsinnføres og dersom en ved egenmektig opptreden krever oppgjør vil det anses uberettiget.⁴⁷ Rt.2002 s. 833 omhandlet en som krevde inn narkotikagjeld for en annen. Han ble domfelt for ran. Det samme vil være situasjonen ved innkreving av gjeld i forbindelse med ulovlige pengespill.⁴⁸

Et annet tema som har vært oppe i rettspraksis er underslag når gjerningsmannen ikke har plikt til å hold beløpet i egen kasse. I slike situasjoner foreligger adgang til å blande midler og disponere over dem så fremt man har dekning for kravet.⁴⁹ Hvis man derimot er klar over at man ikke har dekning vil det foreligge en uberettiget disposisjon og vinning.⁵⁰ Det må vurderes tilsvarende dersom man ”er klar over at det er fare for at man ikke vil være i stand til å dekke kravet”.⁵¹ Rt.1993 s.14 omhandlet en person som underslo penger fra operasjon dagsverk for å skaffe seg narkotika. Høyesterett påpekte at mannen hadde skaffet seg en uberettiget kreditt, uten hensyn til at han hadde tenkt å betale tilbake og at han hadde evne til det.

⁴⁶ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.321

⁴⁷ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.321

⁴⁸ Lov om den almindelige borgerlige straffelovs ikrafttræden av 22. mai 1902 nr.11 §12

⁴⁹ Se avsnitt 2.2.3

⁵⁰ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.348

⁵¹ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.349

2.3 Det spesielle med tyveri (tilegnelse)

I motsetning til ran, utpressing og underslag er det et tillegg til kravet om vinnings hensikt for å kunne straffes for tyveri. ”Det er en forutsetning at hensikten er å skaffe seg en uberettiget vinning ved tilegnelsen av tingen”, altså en tilegnelseshensikt.⁵² Det stilles derfor krav om hvordan gjerningsmannen akter å utnytte tingen etter borttagelsen. Kort forklart kan en si at ”det må være gjerningsmannens hensikt at han definitivt skal utnytte tingen som sin egen”,⁵³ eller at han ”akter å beholde gjenstanden”.⁵⁴

Hva omfattes av tilegnelse? En naturlig språklig forståelse tilsier at tilegnelse er å gjøre noe ens eget. Tilegnelseshensikten i §257 kan videre ses i sammenheng med eksemplifiseringen som er listet opp i §255. Gode grunner og hensynet til likhet taler for harmonisering. Således kan en si at ”tilegnelse foreligger der gjerningspersonen har til hensikt å bruke eller forbruke gjenstanden, avhende eller gi den bort”.⁵⁵ Pantsettelse må også regnes som tilegnelse, selv om gjerningspersonen hadde til hensikt å innløse gjenstanden og levere den tilbake, jf. Rt.1964 s.1076.

Avgjørende blir hvorledes gjerningsmannen opptrer. Han må opptre som eier og gi uttrykk for sin vilje til å unytte tingens verdi for sine egne formål.⁵⁶ Om han senere vil tilbakeføre tingen eller yte tilsvarende kompensasjon kan det anses som en enkeltstående handling. Det er heller ikke sikkert man kan gi akkurat det samme tilbake.⁵⁷

Det tilegnelseshensikt må avgrenses mot er dersom gjerningsmannen ikke har til hensikt å beholde gjenstanden etter bruken. Det kan straffes som ulovlig bruk, etter for eksempel §§260, 261, 393 eller 395. Vinningen oppstår da ikke ved tilegnelse, men ved bruk. Dersom det ligger flere hensikter bak en borttagelse, og en av dem er å tilegne seg tingen, er det tilstrekkelig til å straffes for tyveri.

⁵² Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.323

⁵³ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.323 eller Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (2054) til Straffeloven.

⁵⁴ <http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/dok/nouer/2002/nou-2002-04/8.html?id=380420>

⁵⁵ Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (2054) til Straffeloven.

⁵⁶ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.323

⁵⁷ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.324

En klassisk unnskyldning er at tingen bare lånes. Hvis det er formålet kan utgangspunktet være at personen ikke kan straffes for tyveri.⁵⁸ Dersom personen senere selger gjenstanden eller beholder den kan han heller ikke straffes for tyveri, men det foreligger allikevel vinnings hensikt. Personen kan straffes for underslag. Det kan vises til Rt.1955 s.503 som handlet om en transportarbeider som ble dømt for innbrudd, brukstyveri og etterfølgende underslag. I det mannen borttok en sykkel hadde han ikke planer om å tilegne seg den. Han kunne ikke straffes for tyveri. Når han senere fant ut at han skulle selge sykkel, slik at han kunne få penger til å komme seg hjem, gjorde han seg skyldig i underslag.

Eksemplet over befinner seg i et vanskelig mellomstilt ettersom tilegnelse kan foreligge ved forbruk av tingen. Skillet mellom forbruk, altså tilegnelse, og bruk har ikke fått noen sikker avklaring i rettspraksis eller teori.⁵⁹ I de tilfellene det foreligger både forbruk og en alminnelig straffbar bruk kan en sondre mellom hva som er det hovedsakelige formål bak borttagelsen. I de tilfellene gjerningspersonens hovedsakelige hensikt var å unytte tingen til bruk bør en trolig forholde seg til §§260,261, 393, 395, uavhengig av besparelser for gjerningsmannen, såfremt tilbakelevering eller etterlatelse synes plausibelt.

Annerledes kan det stå seg dersom en ting borttas for å forbrukes i en slik grad at vesentlige verdier forringes eller forspilles. I så fall kan det hevdes at forbruk var den hovedsakelige hensikt bak borttagelsen, og tyveristraff kan synes mer naturlig sammenlignet med straffverdighet. Eventuelt straff for bruk og skadeverk jf.291, avhengig den konkrete handlingens særtrekk.

Mye kan indikere at det er på sin plass med en noe innskrenkende fortolkning av momentet forbruk slik at bruksbestemmelsene ikke undergraves eller forblir overflødige. Hvis forbruk vektlegges for sterkt vil trolig resultatene i Rt.1955 s.503 og Rt.1967 s.365 bare ha historisk interesse. Det er lite forenlig med lovgivers bevisste skille mellom der hensikten er bruk og der hensikten er å forføye over gjenstanden, også etter bruken. Et skarpt skille er å foretrekke av hensyn til forutberegnelighet, men det synes klart at løsningen kan variere etter en konkret vurdering av gjerningen. Momenter som hovedsakelig formål og omfang kan stå sentralt.

⁵⁸ Se Rt.1936 s.503

⁵⁹ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.323-325

2.4 Når må uberettiget vinnings hensikt foreligge?

Utgangspunktet er at all skyld må foreligge i gjerningsøyeblikket. For tyveri skyldes det ikke en tolkning av tilegnelse, men §42 som gjelder generelt. Dersom gjerningspersonen ikke kan bebreides tilstrekkelig i forhold til alle elementene i en gjerningsbeskrivelse så kan han ikke straffes etter straffebudet.

Det kan reises spørsmål om de ulike delene av vilkåret har ulike krav. Hvordan skal en forholde seg i de tilfellene en har til hensikt å skaffe seg en ting, men tror at vinningen er berettiget, som for eksempel ved selvtækt?

Utgangspunktet er at ”god tro på berettigelsen utelukker straff”.⁶⁰ Det vil være en villfarelse, se nedenfor. ”Det er ikke nok at vinningen objektivt sett er uberettiget, gjerningsmannen må være klar over dette.”⁶¹ Det vil være for mye å kreve at gjerningsmannen har ”visshet om at vinningen er uberettiget”.⁶² Overveidende sannsynlig vil være tilstrekkelig sammenlignet med sivilprosessens beviskrav. Dersom det er mer sannsynlig at A er eier enn B vil A i en sivil sak kunne bli tilkjent eiendomsrett. Hvis en person mener det er mer sannsynlig at han har rett til tingen er han ikke klar over at vinningen er uberettiget. Skal en kunne bebreide en person tilstrekkelig må det foreligge et formål bak handlingen, samt tilstrekkelig sannsynlighet for at tilegnelsen vil representere en vinning som er uberettiget.

Et annet spørsmål som kan reises er hvordan et tilfelle skal vurderes dersom vinnings hensikt mangler i gjerningsøyeblikket, men oppfylles senere. Et eksempel kan være dersom en person går inn i en bank og påfører den ene ansatte som er på jobb vold på grunn av en uoverensstemmelse, med bevisstløshet som resultat. Etterpå når personen merker at den skadede er uten bevissthet ser han sitt snitt til å tilegne seg pengene som er i kassen. Kan han straffes for ran? Utgangspunktet er at vinnings hensikt må foreligge samtidig som volden

⁶⁰ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2009) s.270 og for eksempel Rt.1995 s.1223

⁶¹ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.321

⁶² Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.322

utføres. Satt på en annen måte må formålet bak volden være å skaffe seg vinning. Når ønske om vinning oppstår senere foreligger ikke vinnings hensikt i gjerningsøyeblikket. Personen kan ikke straffes etter ransbestemmelsen. Noe annet er at personen gjør seg skyldig i legemsbeskadigelse og tyveri.

2.5 Spesielle problemstillinger

Ovenfor er det hovedsakelig redegjort for hva som skal til for å oppfylle vilkåret. Et mer fullstendig bilde av vilkårets omfang fordrer at enkelte temaer med særlig relevans trekkes frem. Dette kan være temaer som utvider eller begrenser anvendelsesområdet. I det følgende behandles temaene villfarelse, rus og medvirkning

2.5.1 Villfarelse og uberettiget vinnings hensikt

Villfarelse foreligger dersom en gjerningsmann har en feilaktig oppfattelse eller er uviten om forhold av betydning. I utgangspunktet sondres det mellom to former for villfarelse, faktisk og rettsvillfarelse. Med andre ord villfarelse om den faktiske situasjonen eller den rettslige reguleringen.

2.5.1.1 Faktisk villfarelse

Det følger av straffelovens §42 første ledd at ”har nogen ved foretagelsen af en handling befundet sig i uvidenhed angaaende omstændigheder ved denne, der betinger straffbarheden eller forhøier strafskylden, bliver disse omstændigheder ikke at tilregne ham”. Regelen medfører at gjerningsmannen skal ”bedømmes i forhold til hans subjektive forestillinger om de faktiske forhold som inngår i gjerningsbeskrivelsen”.⁶³

⁶³ Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.302

Uvitenhet eller feilaktig oppfattelse av omstendigheter som har sammenheng med uberettiget vinnings hensikt skal legges til grunn. Følgen blir at personen ikke kan straffes etter straffebudet. Gjerningsmannens oppfattelse på gjerningstiden er avgjørende. Uklarheter som det senere blir ryddet opp i vil være uten betydning.

God tro angående berettigelse utelukker straff for vinningsforbrytelse.⁶⁴ Et eksempel kan være dersom en person kommer over en ting han tror er eierløs og uten verdi. Hvis han av sentimentale grunner tar den med seg kan han trolig ikke straffes for tyveri. Da vil personen ikke forsettelig ha borttatt noe som tilhører en annen og kanskje ikke heller oppfylt kravet til uberettiget vinnings hensikt. En annen sak er at mannen trolig kan straffes for ulovlig tilegnelse av hittegods jf. §394.

Et annet eksempel som kan relateres til vinningsforbrytelser er dersom en butikk gjør i stand en utdeling av gratis varer. Utdelingen skal begynne klokken 19, noe en reklame viser tydelig. Så kommer det en person 10.min før som tror klokken er 19. Hvis han tar med seg en ting som han trodde var gratis kan han ikke straffes for tyveri. På handlingstidspunktet var han i god tro og villfarelse om tidspunktet for handlingen blir en villfarelse om faktiske forhold.

Andre tilfeller som skal vurderes etter §42 er dersom en tiltalt trodde det forelå en straffrihetsgrunn,⁶⁵ mens det i realiteten kanskje ikke gjorde det. Et eksempel kan være dersom det forelå eller en tror det forelå samtykke, med andre ord at rette eier har gitt en godkjennelse. Det forutsetter en tilknytning mellom gjerningsmannen og fornærmede, og i så fall er det mulig at straffverdigheten er redusert av den grunn.⁶⁶ Særlig praktisk kan temaet være ovenfor tyveri og underslag, der missforståelser kan tenkes, i motsetning til ran og utpressing som har langt høyere straffverdighet.

Utgangspunktet er at dersom tiltalte trodde at det forelå et samtykke, eller var i villfarelse med hensyn til omfanget av et i og for seg foreliggende samtykke, så kan han ikke straffes for

⁶⁴ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.316

⁶⁵ Se Rt.1977 s.1327 som omhandlet overskridelse av grensene for nødverge, men det utelukket domfellelse for forsøk på drap.

⁶⁶ Se avsnitt 2.2.4.

vinningsforbrytelse.⁶⁷ Det støttes av Rt.1950 s.42 som omhandlet hugging av trær fra en allmenning. Tiltalte trodde det var tillatt eller tolerert av styret i Eidsvoll allmenning å hugge tørrgraner. Domfellelse etter §257 var ikke mulig. Hvorvidt en skal tolke det slik at tiltalte var i god tro, eller at han trodde det forelå et samtykke, blir en smakssak.

2.5.1.2 Rettslig villfarelse

Rettsvillfarelse handler om feilaktig oppfattelse av rettsreglene. Det kan være en ikke kjenner reglene, har uriktig opplysninger om innholdet eller feilaktig tolkning. Det følger av straffelovens §57 at den som på handlingstidspunktet befant seg i villfarelse med hensyn til handlingens rettstridige beskaffenhet er i rettsvillfarelse. Med dette menes ”villfarelse om rettstriden, ikke om straffbarheten. Dersom en gjerningsmann vet at handlingen er ulovlig, virker det aldri straffriende om han ikke vet at det er satt straff for den.”⁶⁸

Rettsvillfarelse kan medføre frifinnelse, nedsettelse av straff, anses som formildende omstendighet eller ikke ha noen virkning. Virkningen er opp til rettens diskresjonære kompetanse. Praksis har utviklet seg slik at bare en unnskyldelig rettsvillfarelse kan føre til frifinnelse. Det må foretas en vurdering av om personen kan lastes. Har personen vært tilstrekkelig aktsom kan han frifinnes, men kravene er strenge.⁶⁹ Det må særlige omstendigheter til på grunn av hensynet til lovens effektivitet. I dette ligger det i utgangspunktet en forventning om at gjerningsmannen må kjenne alminnelige samlivsregler og særregler på områder en har befatning med. Dersom handlingen etter en helhetsbedømmelse kan anses forsvarlig kan det utelukke straff.⁷⁰

Det som kompliserer bildet er at noen rettsvillfarelser vurderes etter §57, egentlige rettsvillfarelser eller normvillfarelse, mens andre vurderes etter §42, uegentlige villfarelser eller situasjonsvillfarelse. Det er i tillegg mangel på klare retningslinjer når den skal vurderes etter §57 og §42. Det synes også å være ulike oppfatninger i teorien om hva som skal henføres

⁶⁷ Andorsen, Kjell V. *Strafferettslig samtykke*. Tidsskrift for rettsvitenskap 1992 s.463

⁶⁸ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. (2004) s.258

⁶⁹ Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (545) til Straffeloven

⁷⁰ Sammenlign Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. (2004) s.259

til den enkelte gruppe. Uklarheten kan skyldes at grensene er flytende og et forhold kan ha flere tolkningsmuligheter. Et utgangspunkt kan likevel være at det avgjørende for om §57 kan anvendes er hva forsettet i det enkelte straffebud må omfatte.⁷¹ Dersom man er i feil oppfatning om rettslige forhold på områder som omfattes av forsettet, og dette ikke kan lastes gjerningsmannen, så kan han frifinnes etter §57.⁷² Det kan indikere at rettsvillfarelser tilknyttet vinnings hensikt skal vurderes etter §42.

For å gå mest mulig konkret til verks er det således hensiktsmessig å se hvilke rettsvillfarelser som kan tenkes å oppstå for vinningsforbrytelser og redegjøre for dem. Således er det lite interessant å drøfte tilfeller der gjerningsmannen ikke er klar over reglene av ulike grunner. Slike påstander bør ikke bli hørt, selv ikke der gjerningsmannen er utlending uten kjennskap til våre regler eller det foreligger andre omstendigheter. Det kan trekke i retning av at egentlige rettsvillfarelser får liten betydning for vinningsforbrytelser.

Noe som derimot har aktualisert seg er dersom gjerningsmannen er klar over de faktiske forhold, men på grunn av en villfarelse om rettsregler anser han seg selv som eier av tingen. Det kan for eksempel være manglende kunnskap om eiendomsrett, rettslige avgjørelsers virkning eller andre prejudisielle rettsforhold. For det første kan det tenkes at man er i god tro med hensyn til sin rett og anser formuesgode som sitt eget. Det kan også tenkes at man har fått en gjenstand i gave av en gift venn og ikke kjenner til reglene om ektefellers råderett, som kan tilsi at ektefeller ikke har rett til å disponere over tingen.⁷³ Slike tilfeller har praksis i stor grad likestilt med faktisk villfarelse, det blir uegentlig rettsvillfarelse eller situasjonsvillfarelse, som bedømmes etter §42. I slike tilfeller sier en gjerne at forsett ikke foreligger, men i tillegg synes det klart at heller ikke vinnings hensikt foreligger. Villfarelsen blir med det straffri selv om den er uaktsom.⁷⁴

Dersom man skal frifinnes må det forutsettes at det foreligger rimelig grunn. Dersom et rettsforhold er slått fast i en avgjørelse blir man vanskelig hørt. Det følger av Rt.1970 s.895

⁷¹ Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (544) til Straffeloven, Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 2.utg (1974) s.268 og Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.311

⁷² Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. (2004) s.259

⁷³ Slik tilfellet var i Rt.1959 s.349. Se også Rt.1950 s.42 som er beskrevet over, men der forholdet ble vurdert som faktisk villfarelse.

⁷⁴ Slik det uttales i Rt.1994 s.1274 der en person ble frifunnet for underslag av vilt.

som handlet om noen som fisket ulovlig i et vann tilknyttet deres eiendommer. Hvem som hadde fiskerett var avgjort i en tidligere sak. De tiltalte hevdet at de ikke visste og at de ikke trengte å respektere avgjørelsen. Høyesterett la til grunn at de kjente innholdet og deres påstand ble ikke tatt til følge.

En noe spesiell dom er Rt.1966 s.62. Saken handlet om fiske der noen i en bygd ble dømt for ulovlig fiske. Dom i saken var avsagt, men ikke rettskraftig. Herredsretten fastslo at det verken forelå faktisk villfarelse eller unnskyldelig rettsvillfarelse. Herredsretten dom ble opphevet av Høyesterett pga. rettens begrunnelse. Det var ikke fastslått at en rett var krenket. Avgjørelsen er i teorien⁷⁵ oppfattet dit hen at den åpner for at det kan foreligge rettsvillfarelse der en dom ikke er rettskraftig. Det kan det rettes kritikk mot.

Dersom en sak har versert for retten vil trolig det nødvendig forsett samt vinnings hensikt foreligge, dersom retten finner at det foreligger straffbar handling. Det må ses i sammenheng med det alminnelige sannsynlighetsforsett som gjelder for handlingens objektive beskrivelse, og at det bare kreves forsett med tanke på hvorvidt noe er vinning eller uberettiget. At man har handlet med hensikt synes ikke å by på problemer. I slike tilfeller vil det således foreligge tilstrekkelig skyld og mangel på rimelighet, slik at utelukking av straff kan svekke reglenes effektivitet.

En annen villfarelsesform som kan behandles er villfarelse om offentligrettslige pliktforhold.⁷⁶ Det kan være at en er uviten om regnskapsplikt, skatteplikt eller lignende, fordi en har tolket reglene feil og således er i god tro med tanke på vinnings hensikt. Slike rettsvillfarelser vurderes normalt etter §57 som normvillfarelser. De er sjelden straffutelukkende. Fra rettspraksis kan Rt.1994 s.775 nevnes. Saken gjaldt en domfellelse for underslag av skattetrekkmidler. I byretten ble tiltalte frifunnet siden han ikke kjente til at midlene tilhørte skattekreditorene fra trekk tidspunktet og det var en faktisk villfarelse. Dette var Høyesterett ikke enig i. At skattemidlene var knyttet til lovens ordning medførte at den måtte kalles en rettsvillfarelse. Den var ikke unnskyldelig.

⁷⁵ Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (544) til Straffeloven.

⁷⁶ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2004) s.273-274

Enda en rettsvillfarelsesform som kan behandles er subsumsjonsvillfarelse.⁷⁷ Det som kjennetegner denne formen er at gjerningsmannen er kjent med det faktiske, men ukjent med at noe subsumeres under et uttrykk i straffeloven. Fra rettspraksis kan det vises til Rt.2002 s.833. Saken handlet om domfellelse for ran. En person skulle kreve inn en narkotikagjeld for en annen og hevdet at han var i rettsvillfarelse med tanke på at narkotikagjeld ble ansett som uberettiget vinning. Dette ble han ikke hørt med da det måtte være opplagt at kravet var uberettiget. Det kan muligens hevdes at det er liten plass til subsumsjonsvillfarelse for vinningsforbrytelsene. Uttrykkene uberettiget vinnings hensikt klare og omfangsrike, og de levner liten tvil.

2.5.2 Selvforskyldt rus og uberettiget vinnings hensikt

§42 første ledd foreskriver det grunnleggende prinsipp om at gjerningsmannen skal bedømmes etter sin egen oppfattelse. Et spørsmål som reiser seg er hvordan rettsstillingen blir hvis gjerningsmannen er beruset når han handler.

Dersom rusen ikke er selvforskyldt kan personen anses bevisstløs etter §44 eller være i en faktisk villfarelse, etter §42 første ledd eller etter antitetisk tolkning av §42 tredje ledd. Dette forutsetter at personen ikke har ønsket handlingen eller vært så klar at han har handlet målbevisst. Generelt har personer som enten blir a-typisk ruset eller uforskyldt beruset lav straffverdighet dersom de handler irrasjonelt eller utfører uønskede handlinger. Det kan også tenkes at en person blir ufrivillig ruset uten å miste særlig bevissthet, men det har liten betydning. Man vil se bort fra beruselsen og behandle personen etter de forutsetningene som forelå.

Selvforskyldt vil rusen være dersom personen selv kan klandres for å ha mistet noe av kontrollen over sitt vesen. Hvordan skal da personen vurderes dersom han går ut og stjeler en ting eller raner, men senere hevder at han ikke visste hva han gjorde? Utgangspunktet følger av §40 første ledd andre punktum.⁷⁸ Ved forsettelige forbrytelser skal retten se bort fra

⁷⁷ Andorsen, Kjell. *Uegentlig rettsvillfarelse*. Festskrift til Anders Bratholm s 15 - (FEST-1990-ab-15)

⁷⁸ Se også spesialregelen om villfarelser i straffelovens §42 tredje ledd.

beruselsen ved bedømmelsen av om handlingen var forsettelig. Forsett kan fingeres og det gjelder uavhengig av beruselsens karakter.

Spørsmålet som reiser seg er om hensikt kan fingeres. Etter sikker rett er svaret nei. Har beruselsen faktisk utelukket slik hensikt, fører den til frifinnelse. Et eksempel kan være dersom en person drikker seg snydens på fest og stjeler vennenes cd'er. Dersom personen ikke tenkte seg om eller hadde til hensikt å tilegne seg verdier kan han ikke straffes for tyveri. Derimot kan han straffes for besittelseskrenkelse. Fra rettspraksis kan Rt.1989 s.640 nevnes. Saken handlet om en 21-åring, tiltalt for en rekke forbrytelser. Byretten hadde frifunnet han for noen grove tyverier som følge av bevisstløshet på grunn av selvforskyldt rus. I retten hadde mannen hevdet at han hadde black-out. Dette mente byretten var tilstrekkelig slik at rett hensikt ikke forelå. Høyesterett hadde likevel innvendinger mot rettsanvendelsen da byretten ikke hadde oppfylt sin plikt og drøftet om han kunne straffes for innbrudd og skadeverk, altså straffebud som bare krever forsett.

I praksis blir en sjelden hørt. Det har sammenheng med at skyldvurderingen blir objektivisert. En kan si at tiltalte ikke anses troverdig. Handlingen kan være såpass målrettet at vanlige bevisregler er tilstrekkelig til å konstantere vinnings hensikt.⁷⁹ Skal man bli hørt med unnskyldninger om at man ikke hadde vinnings hensikt kreves gode grunner eller spesielle omstendigheter. Fra rettspraksis kan Rt.2003 s.316 være illustrerende. For Høyesterett gjaldt saken hovedsakelig straffutmåling. Fra herredsretten fremkommer det imidlertid at tiltalte ble dømt for to ran, selv om han var betydelig beruset. Beruselsen hadde liten betydning for skyldspørsmålet, noe som trolig kan forklares med at ran er spesielt målrettede handlinger. Det skal usedvanlige mye til for å bli hørt.

2.5.3 Medvirkning og uberettiget vinnings hensikt

Skyldkravet for en medvirker er normalt forsett om egen handling og forsett om at handlingen står i et medvirkende forhold. Hvordan blir rettsstillingen når straffebudet krever en hensikt? Det grunnleggende utgangspunkt er at hvert enkelt straffebud må tolkes for å avgjøre om

⁷⁹ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2004) s.320

medvirkeren må ha vinnings hensikt.⁸⁰ Det kan tenkes at ulike straffebud med hensiktskrav bør tolkes ulikt. Ordlydene til de ulike vinningsforbrytelsene er ulike, og ikke helt entydige.

For underslag, utpressing og ran fremgår det at medvirkning straffes på samme måte, som en hovedforbryter. Dette kan indikere at det bare kreves vinnings hensikt hos hovedmannen, og at medvirkeren er klar over dette.⁸¹ Det kan også indikere at medvirkningshandlingen er likestilt i enhver henseende, altså med tanke på straffbarhetsbetingelsene. Tyveri likestiller den som medvirker til å bortta med den som borttar.

Forskjellen mellom tolkningsalternativene er ikke veldig stor. Muligens det at vinnings hensikt har et noe snevrere anvendelsesområdet. Er man klar over at hovedmannen har vinnings hensikt og likevel bistår er det uten betydning hva ens eget motiv er. Ved å kreve vinnings hensikt kreves en bestemt forbrytersk vilje også hos medvirkeren.

Skal en trekke slutning om hva ordlydene tilsier kan prinsippet om likebehandling vektlegges. Forbrytelser på samme området bør vurderes likt. Således kan det hevdes at ordlydene trekker mest i retning av at også medvirkeren må ha vinnings hensikt.⁸² Det støttes hovedsakelig av at vinnings hensikt kan foreligge for en selv eller andre. Gode grunner taler også for en slik tolkning. Skal man kunne dømmes som medvirker til vinningsforbrytelser bør man ha vinnings motiv. Hvis ikke har man ikke vist tilstrekkelig straffverdighet og forbrytersk vilje. Dersom en person har medvirket til grovt tyveri, men i den hensikt å skade eieren bør han ikke dømmes for grovt tyveri, men heller medvirkning til for eksempel innbrudd og besittelseskrenkelse, eller medvirkning til forsøk på skadeverk.

At vinnings hensikt må foreligge også for medvirkeren har støtte i den alminnelige medvirkningslæren. Vilårene for straffbarhet må bedømmes selvstendig for den enkelte deltaker.⁸³ Utgangspunktet styrkes og kan således synes å være at der hvor flere har samvirket

⁸⁰ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.326 og Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.308

⁸¹ Slik et straffebud i utlendingsloven tolkes i Rt.2002 s.476 som gjaldt organisert menneskesmugling.

⁸² Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.308 er ikke enig i motsetning til Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.325.

⁸³ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2004) s.339 og Eskeland, Ståle. *Strafferett*. (2006) s.198

om en vinningsforbrytelse, så må vinnings hensikt foreligge hos hver enkelt tiltalte.⁸⁴ Mot et slikt utgangspunkt er det reist kritikk. Det hevdes at ved å kreve vinnings hensikt også hos medvirkeren så kan en få unaturlige resultater. Det hevdes at ”medvirkerens straffverdighet ikke reduseres om han i stedet for vinnings hensikt handler etter ønske om å skade eieren og dersom hovedmannen har den fornødne tyvshensikt, har foretagende fått sin karakter av tyveri”.⁸⁵ Innvendingen kan være noe uheldig.

Dersom en snur på det kan en spørre om hva situasjonen bør være dersom det i etterkant viser seg at hovedmannen kun var ute etter å skade eieren, mens medvirkeren ville stjele. Dersom medvirkeren hadde til hensikt å skaffe seg eller andre en vinning vil nok de fleste hevde at hans straffverdighet kan likestilles med en tyvs, selv om hovedmannen bare ville ødelegge. I slike tilfeller vil nok det mest riktige, sett ut fra medvirkerens skyld, være å domfelle for forsøk på medvirkning til tyveri, og ikke medvirkning til skadeverk. I hvert fall dersom hver enkelt skal vurderes selvstendig. Det kan dessuten tenkes at det ikke finnes noen hovedmann som kan straffes. Således kan det hevdes at også medvirkerens motiv bør være vinning for at han skal kunne straffes for vinningsforbrytelse.

Etter Rt.2009 s.1498 levnes det liten tvil. Vinnings hensikt må foreligge også hos medvirkeren. Saken resulterte i domfellelse for medvirkning til ran, altså en bestemmelse der ordlyden er tvetydig. Når det gjaldt vinnings hensikt for medvirkeren uttalte Høyesterett følgende:

”... er jeg enig i at det med fordel kunne vært sagt uttrykkelig at også medvirkeren må ha handlet med uberettiget vinnings hensikt for seg selv eller andre.”

2.6 Eksempler der uberettiget vinnings hensikt ikke foreligger

Innledningsvis anføres at et siktemål med prosjektet er å vurdere eventuell nykriminalisering. Spørsmålet er da bl.a. om det foreligger tilfeller som ikke omfattes etter straffeloven som vil omfattes etter lov om straff. Rettspraksis og teori har mange eksempler på tilfeller som ikke

⁸⁴ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andorsen, Kjell. (2008) s.325

⁸⁵ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (2004) s.339-340.

oppfyller kravene til uberettiget vinnings hensikt. Spesielt når det gjelder tyveri er eksemplene mange. Det er en glidende overgang mellom tilfeller der hensikten ikke foreligger og der det ikke er tilegnelse. Frifinnelse forutsetter at gjerningsmannen blir trodd. Det er sjelden tilfelle, men det kan variere med handlingsforløp og hvilken forbrytelse det er snakk om.

I den første gruppen av eksempler som ikke oppfyller lovens krav finner en de typiske handlingene med destruktivt formål. Her kan en komme med typetilfeller der sikker rett tilsier at det verken foreligger tilegnelse eller vinnings hensikt, i hvert fall teoretisk. En kan starte med de tilfeller der gjerningsmannen har til formål å ødelegge⁸⁶, skade⁸⁷ eller påføre eieren ubehageligheter. Da vil det normalt foreligge skadeverk. Det kan tenkes at en gjerningsperson begår innbrudd for å komme til en ting han ønsker å ødelegge. Det kan ikke straffes som grovt tyveri, men heller innbrudd og skadeverk.

En annen gruppe handlinger er der hvor gjerningsmannen handler i affekt, hevn⁸⁸ eller som en spøk. Formålet vil ikke være å oppnå vinning. I det sistnevnte eksemplet vil tyveri være utelukket siden en gjerningsmann ofte vil levere gjenstanden tilbake, ergo ingen tilegnelse.

Et eksempel som kan belyse vanskelighetene med å bli trodd kan være Rt.1979 s.452. Saken handlet om en vaktmann som ble dømt for grovt tyveri fra bankbokser. I Høyesterett var det bare spørsmål om straffutmåling slik at det relevante kan hentes fra byrettens avgjørelse. Det fremgår av premissene at han ble klar over at velvet var åpent og at tilgangen til bankboksene var lett. Han telefonerte til sin venn og fortalte om det potensielt store kuppet som kunne gjøres. Tiltalte hevdet dette bare var en spøk, men kort tid senere begynte han å åpne en bankboks. Da han så hvor mye penger som var der og at det ikke var noen vei tilbake prøvde han å unnskyld seg med at han hadde en gullrushfeber. Den medførte at han åpnet flere bokser. Det trakk ikke i formildende retning. Retten mente at risikoen handlingen medførte tilsa at tiltalte ikke bare handlet som han gjorde for å tilfredsstille sin nysgjerrighet. Målet var å finne verdier som han kunne tilegne seg. Dermed forelå vinnings hensikt.

⁸⁶ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.325

⁸⁷ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.318 eller Knophs, Ragnar. *Oversikt over Norges rett*. 12 utg. (2004) s.773

⁸⁸ Knophs, Ragnar. *Oversikt over Norges rett*. 12 utg. (2004) s.773

Ikke uvanlig er det at gjerningsmannen hevder at han skal dekke kravet senere. Da er det forskjellige oppfatninger på hvorvidt det foreligger vinningsforbrytelse. Det har blitt hevdet at det må likestilles med de tilfeller der en borttar noe mot vederlag.⁸⁹ Fra rettspraksis kan Rt.1882 s.629 trekkes frem. Saken handlet om en øltørst mann. Når han banket på en butikkdør var det ingen som svarte. Han visste hvor nøkkelen var og låste seg inn i butikken. Der drakk han opp noen flasker øl. Av retten ble han frifunnet for tyveri som følge av hans påstand om at han skulle betale eieren for ølet.

Rt.1965 s.125 trekker i samme retning. En butikkeier fikk stengt av strømmen og plombert hovedsikringen. Denne brøt butikkeieren opp og tilegnet seg strøm. Han hevdet at det ikke forelå vinnings hensikt siden han skulle betale. Det var Høyesterett enig i. Det var ikke noe som tilsa at mannen ikke hadde tenkt å betale, og det var ingen ting som tydet på at han skaffet seg en henstand han ikke hadde krav på.

På den andre siden hevdes det at å skaffe seg en kredittytelse er en vinning.⁹⁰ Vinning vil foreligge dersom man skaffer seg kreditt ved for eksempel å disponere over andres penger i en periode man selv mangler midler. Rt.1990 s.991 støtter dette. Saken handlet om en 47-årig lensmannsførstebetjent som ble dømt for underslag av 1450 kroner. Midlene var innbefordret og han benyttet dem til å betale en telefonregning.

Sakene illustrerer at det ikke er noe enkelt svar dersom en hevder at en skal betale tilbake. En vurdering kan avhenge av flere faktorer. Utgangspunktet bør allikevel være at i de tilfellene man har ment å betale så bør det ikke konstanteres vinnings hensikt. For at et slikt utgangspunkt ikke skal utvaske bestemmelsene bør en se det i sammenheng med for eksempel fornærmedes oppfatning, faktiske og etterfølgende omstendigheter. Dersom det for eksempel er et nært forhold mellom gjerningsmannen og fornærmede, slik at det kan være akseptert at man tar seg litt til rette og betaler senere, kan det trekke i frifinnende retning. Annerledes kan det stå seg dersom det ikke er noen tilknytning mellom personene, eller handlingen får mer karakter av urettmessig utnyttelse. I mellom disse ytterpunktene kan det oppstå mange

⁸⁹ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.320

⁹⁰ Matningsdal, Magnus. Lovkommentar hos www.rechtsdata.no. Note (2028) til Straffeloven og Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.320

vanskelige grensetilfeller som ikke har noen sikker løsning. Løsningen kan da bero på konkrete omstendigheter og troverdighet.

Ovenfor er det skrevet at uberettiget vinnings hensikt normalt ikke foreligger dersom en har et underliggende materielt krav, altså når en utøver selvtekt. Dette kan illustreres for det første av Rt.1999 s.379.⁹¹ Saken handlet om en domfellelse for ran som ble opphevet. Tiltalte hevdet å ha et udekket krav på fornærmede på 70.000 kroner. Dette hadde lagretten ikke tatt hensyn til i skyldspørsmålet, men i stedet slått fast at vinnings hensikt forelå. Høyesterett mente dette var uriktig lovanvendelse.

En annen sak som kan illustrere det samme er Rt.2008 s.1115.⁹² De tiltalte ble domfelt for ran i tingretten, men Høyesterett opphevet dommen og domfelte etter §229 jf. §232. De fire tiltalte hadde tatt seg inn hos fornærmede og holdt han fast mens de påførte han vold. De tok videre med seg mobiltelefoner, en playstation og en lekerobot. De tiltalte hevdet at fornærmede skyldte 8500 kroner for svart arbeid og at hensikten med besøket var å få gjort opp gjelden. Påtalemyndigheten mente gjelden måtte likestilles med narkotikagjeld, en gjeld som ikke anerkjennes av rettsordenen, men det var ikke Høyesterett enig i. Høyesterett uttalte at:

”når kravene de tiltalte mente å ha, var forfalt, er det ikke tilstrekkelig til å oppfylle vilkåret at de tiltalte ikke fulgte lovens fremgangsmåte for tvangsinndrivelse”.

Det vil ikke foreligge vinnings hensikt hvis en person begår en vinningsforbrytelse med eneste hensikt å komme i fengsel⁹³, eller dersom en person truer for å oppnå løslatelse av politiske fanger.⁹⁴ Fra rettspraksis kan Rt.1910 s.524 trekkes frem. En mann stjal en messingkran og noen skruer fra frelsesarmeens bad for å pådra seg straff. Han ble dømt for tyveri i forhørsretten, men dommen ble opphevet i Høyesterett. Høyesterett uttalte at personen ikke hadde til hensikt ”å berøve vedkommende eier hans eiendom, men at han har hatt til hensikt å forskaffe seg gratis opphold på en offentlig anstalt og dermed også forsørgelse”. Det

⁹¹ Se også Rt.1994 s.1521

⁹² Se også Rt.2002 s.1385

⁹³ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell.(2008) s.325

⁹⁴ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.376

ble ikke ansett som verken vinning eller tilegnelse.⁹⁵ Annerledes vil situasjonen være dersom en både ønsker å disponere over ting og komme i fengsel.⁹⁶

I likhet med eksemplene over vil det ikke foreligge vinnings hensikt der en person begår et ran for at familien skal få hjelp i en vanskelig situasjon. Rt.1995 s.102 illustrerer dette. Saken handlet om en person som tidligere var domfelt for ran. Denne gangen ble han domfelt for trusler. Han hadde i realiteten ranet et postkontor slik at familien kunne få hjelp fordi presset fra kreditorene ble for stort. Høyesterett uttalte bl.a. at:

”...de subjektive vilkårene ikke var oppfylt, han hadde ikke vinnings hensikt. Etter å ha fått pengene gikk han direkte til politikammeret og meldte seg. Motivet for handlingen var å få hjelp i en sterkt presset økonomisk situasjon. Han arbeidet som bedriftsrådgiver, men hadde ikke nok oppdrag og inntekter, og han hadde en betydelig gjeld.”

Til slutt en spesiell sak som omhandler utpressing. I Rt.1988 s.548 sto en mann tiltalt for å ha fremsatt krav mot sin arbeidsgiver på 800.000 dollar. Hvis rederiet ikke betalte skulle han sprengte tre av rederiets båter. Mannen ble domfelt for trusler, men frifunnet for utpressing. Mannen ønsket nemlig å bruke pengene til å sette fokus på rederiets utflaggingspolitikk, noe som ikke ble ansett som vinning. Det kan diskuteres om avgjørelsen har tilstrekkelig holdbarhet. Annerledes utflaggingspolitikk ville trolig medført en klar fordel for tiltalte som han muligens ellers ikke kunne forvente, se bl.a. avsnitt 2.2.1. og 2.2.3.

⁹⁵ Det samme fremgår av Rt.1959 s.1022, hvor tiltalte i tillegg selv mente å ha tyvs-hensikt.

⁹⁶ Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. (2008) s.325

3 Forsett om uberettiget vinning

3.1 Innledning

Debatten om vinnings hensikt kom for alvor i gang da straffelovskommisjonen i NOU-1983-57 foreslo å sløyfe kravet. Straffelovskommisjonen drøftet det subjektive overskuddet spesielt mot tyveribestemmelsen og deres mening var klar. Det som kjennetegnet tyverihandlingen og som gjorde handlingen til en vinningsforbrytelse, og ikke til straffbart lån eller bruk, var ikke en bestemt hensikt, men tilegnelse. Påstanden til straffelovskomiteen i Ot.prp.nr.75 (1948), ”at det var en dyptgående forskjell mellom de tilegnelser som ble gjort i vinnings hensikt og de hvor denne hensikten mangler”, ble med det trukket i tvil.⁹⁷ Ved å sløyfe kravet om vinnings hensikt kunne ”lovredaksjonen bli enklere og gjerningsbeskrivelsene ville omfatte omtrent de samme forgåelser som i dag.”⁹⁸ Straffelovskommisjonen så det også som positivt om norsk rett kunne bli mer lik svensk⁹⁹ og dansk rett,¹⁰⁰ som ikke opererer med hensiktskrav.

Den nåværende kommisjonen sin utredning, NOU-1992-23, gikk i det alt vesentlige inn for å følge opp forslaget fra 1983.¹⁰¹ I tillegg anså de i utgangspunktet andre hensiktskrav som unødvendige. En begrunnelse for dette var at det lovredaksjonelt og lovteknisk ville være å foretrekke færrest mulige avvik fra de alminnelige skyldformene. De ønsket i motsetning til den første straffelovskommisjonen ikke å sløyfe kravet fullstendig, men heller å endre det slik at det i stedet kunne kreves forsett om vinning. De anså det ikke naturlig å utelate kravet om vinning ved alle vinningsforbrytelser siden det er et spesielt kjennetegn som tilsier

⁹⁷ En påstand Andenæs også tilbakeviste.

⁹⁸ NOU-1983-57 kapittel 19 punkt 4.1.2

⁹⁹ Svensk straffelov: Brottsbalken (1962:700) kap.8 og 9

¹⁰⁰ Dansk straffelov: Den borgerlige straffelov (nr. 909, 27. september 2005) kap. 28

¹⁰¹ NOU-2002-4 punkt 7.5.1

straffverdighet ved forbrytelser som krenker eiendomsretten. Den nærmere utformingen ble allikevel overlatt til departementet.

I høringsrunden fikk endringsforslaget liten oppmerksomhet. Justiskomiteen¹⁰² hadde få kommentarer og blant høringsinstansene var det noen som støttet endringen uttrykkelig, men ingen som gikk i mot. ”Det er naturlig å oppfatte dette slik at forslaget er lite kontroversielt.”¹⁰³ Departementet uttalte i Ot.prp.nr.90 (2008-2009) at ”de så noen fordeler, men få ulemper” i endringen. Noe aktuell nykriminalisering ble drøftet, men ble ikke ansett som viktig argument mot lovendringen. En viss nykriminalisering på visse områder ble med det ansett ønskelig. Dermed gikk departementet inn for endringen som ble vedtatt av Stortinget i Besl.O.nr.88 (2008-2009).

Det må bemerkes at endringen fra dagens krav om ”i hensikt å skaffe seg eller andre en uberettiget vinning” ikke blir så stor. Kravet vil fortsatt være subjektivt overskudd, men som det fremgår av oppgaven blir endringen at hensikt byttes ut med forsett. Således kan det vises til avsnitt 2 for utdyping av hva som ligger i ”for seg eller andre”, ”uberettiget” og ”vinning”.

I det påfølgende følger først en kortfattet redegjørelse av forsett. Deretter relateres forsett til uberettiget vinning og hvilken betydning det vil få i praksis. Så drøftes endringens betydning for de spesielle problemstillingen og hvorvidt den medfører generell nykriminalisering.

3.2 ”Forsett”

3.2.1 Innledning

Skyldkravet forsett er ikke definert i gjeldene straffelov. Kravet har derimot gjennom rettspraksis, teori og forarbeider fått et forholdsvis presist innhold. I forbindelse med den nye loven var det debatt rundt hvorvidt forsett skulle være det alminnelige skyldkravet, innholdet i

¹⁰² Innst.O.nr.73 (2008-2009) punkt 8.2

¹⁰³ Ot.ptp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.2.3

forsettskravet og hvorvidt det burde defineres i loven. Det vil for fremtiden fremgå av loven at forsett skal være den alminnelige skyldformen og en definisjon av forsett vil fremgå av §22. Loven blir dermed mer informativ, men intensjonen har vært at innholdet skal videreføres uten nevneverdige realitetsendringer. Stikkord for forsett er viten og vilje.

3.2.2 Hensiktsforsett

Forsettets øvre grense blir hensiktsforsett. Ovenfor i avsnitt 2.2.1 er det antydning at det er en forskjell mellom hensiktsforsett og hensikt, men overgangen er flytende. Trolig har sondringen mest betydning bevismessig. Det kan hevdes at pådømmelse for hensikt krever klarere holdepunkter enn hensiktsforsett. Er det snakk om forsett kan det statueres etter andre kriterier, slik at det sjelden er tvil om en person skal straffes eller ikke.

Det følger av ordlyden at den som med hensikt begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, handler forsettelig. For en grundig og generell redegjørelse av hva som ligger i kravet til hensikt kan det vises til avsnitt 2.2.1.

Den øvre grense for hensiktsforsett er vanskelig å trekke, da likhetene med hensikt er mange. I tillegg kommer det at dersom det foreligger en beviselig hensikt eller overlegg er det mer enn tilstrekkelig for å oppfylle kravet om hensiktsforsett. Grensen oppover blir dermed kun av akademisk betydning. Nedover er grensen lettere da avgrensning kan gjøres mot visshets og sannsynlighetsforsett.

Med hensiktsforsett kan det hevdes at det ikke vil foreligge nevneverdig forandring fra dagens krav om vinnings hensikt. Hensiktsforsett handler om kvalifisert viten og vilje til å foreta en handling. I det ligger at personen tilsiktet en bestemt oppfyllelse. Med andre ord kan en si at personen ønsket eller ville at gjerningsinnholdet skulle oppfylles. ”Viljen til å begå den straffbare handlingen kommer i slike tilfeller klart frem, og det er uten interesse hvor sannsynlig gjerningspersonen mener det er at hensikten oppnås så lenge han har holdt det for

mulig.”¹⁰⁴ Dersom vinning er det endelige motivet vil forsett også foreligge for andre følger eller handlinger som er nødvendig for å nå målet.¹⁰⁵

Det kan bemerkes at ”der hvor sannsynligheten for at vinning er svært liten, men likevel inntreffer, vil det gjerne være mest aktuelt med forsøksstraff.”¹⁰⁶ ”Det skyldes at det i slike tilfeller ofte ikke vil være adekvat årsakssammenheng mellom handlingen og resultat.”¹⁰⁷

3.2.3 Visshetsforsett / sannsynlighetsforsett

Forsettets midtsjikt omfatter både visshetsforsett og sannsynlighetsforsett. Ordlyden tilsier at forsett foreligger når noen begår en handling som dekker gjerningsbeskrivelsen i et straffebud med bevissthet om at handlingen sikkert eller mest sannsynlig dekker gjerningsbeskrivelsen.

Det første som kan skilles ut er kravet til viten. Handlingen må begås med bevissthet. Det stilles med det et krav til hvilke tanker gjerningsmannen må ha gjort seg. En må kunne ha forutsett følgen, noe som skiller forsett fra grovere former for uaktsomhet. Sagt på en annen måte må handlingen eller følgen ha vært tenkt av gjerningsmannen, det holder i utgangspunktet ikke at et alminnelig menneske kunne tenkt at et straffebud muligens ville overtres. Ved å holde seg innenfor den aksepterte risiko og hvis straffbarhet synes upåregnelig kommer det ikke på tale å pådømme for forsett.

Når det gjelder kravet til vilje er dette formulert på alternative måter. Dersom gjerningsmannen er klar over hva han kan komme til å gjøre og gjennomfører til tross for at det sikkert kommer til å oppfylle en gjerningsbeskrivelse, foreligger visshetsforsett. Dersom det bare er mest sannsynlig at en gjerningsbeskrivelse vil oppfylles foreligger sannsynlighetsforsett. Sannsynlighetsforsett representerer med det den nedre grense i midtsjiktet og gjør det til det mest interessante kravet å drøfte.

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 16.2.2

¹⁰⁵ Matningsdal, Magnus. Rettsdata.no lovkommentar. Straffeloven 2005 note 135

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 30.1

¹⁰⁷ NOU-1992-23 kapittel 3 avsnitt IV punkt 11.2

Hva kreves med tanke på sannsynlighet? Det første som kan bemerkes er at det er den sannsynligheten gjerningsmannen regner med som er avgjørende for forsettsvurderingen.¹⁰⁸ Hva andre ville holdt som sannsynlig er i teorien uten betydning. Vurderingen må således ta utgangspunkt i den tiltaltes evner og innsikt.

Sannsynlighetsgraden er oppfylt når gjerningsmannen gjennomfører en handling som mest sannsynlig er en overtredelse av et straffebud. Formuleringen er hentet fra rettspraksis, se bl.a. Rt.2004 s.363.¹⁰⁹ Eldre rettspraksis la gjerne til grunn en strengere sannsynlighetsgrad enn 51%.¹¹⁰ Mest sannsynlig, altså 51%, vil være nok etter den nye ordlyden. Det har sammenheng med at ”det til hvert enkelt straffebud, hver følge/fare eller vilkår, bare vil foreligge to muligheter.”¹¹¹ Ved for eksempel drap vil det være spørsmål om det var mer sannsynlig at handlingen ville føre til offerets død, enn ikke. Ved tyveri blir bildet noe mer komplisert siden straffebudet inneholder kumulative vilkår. Det kan for det første være spørsmål om det var mer sannsynlig at handlingen ville medføre at en ting ble borttatt, enn ikke. For det andre om det var mer sannsynlig at tingen tilhørte en annen, enn ikke. For det tredje om det var mer sannsynlig at personen oppnådde en vinning gjennom tilegnelse, enn ikke. Således kan en slutte at sannsynlighetsprosent på 51% er tilstrekkelig, siden ett av alternativene alltid vil ha mer enn 50% sannsynlighet, med mindre alternativene er like sannsynlige.

I forarbeidene understrekes det at ”ved alvorlige lovbrudd bør man være forsiktig med å la sannsynlighetsgrader ned mot 50 % begrunne sannsynlighetsforsett.”¹¹² Da bør det kreves større grad av overbevisning, noe som kan bedre rettssikkerheten.

¹⁰⁸ NOU-1992-23 kapittel 3 avsnitt IV punkt 11.2

¹⁰⁹ Saken handlet om domfellelse for legemsfornærmelse etter at lagmannsretten dømte for legemsbeskadigelse, men med utilstrekkelig begrunnelse for at forsettet dekket skadefølgen.

¹¹⁰ Matningsdal, Magnus. Rettsdata lovkommentar. Straffeloven 2005 note 137

¹¹¹ NOU-1992-23 kapittel 3 avsnitt IV punkt 11.2

¹¹² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 30.1

3.2.4 Eventuelt forsett

Gjennom arbeidet med ny straffelov var det vært stor debatt om eventuelt forsett skulle videreføres. I NOU-1983-57¹¹³ gikk Straffelovkommisjonen mot videreføring. I NOU-1992-23¹¹⁴ skiftet kommisjonen syn. Den nye straffelovkommisjonen gikk i NOU-2004-4¹¹⁵ igjen mot videreføring. Etter høringsrunder ble det avdekket et klart behov. Departementet kom derfor i Ot.prp.nr.90 (2003-2004)¹¹⁶ til at eventuelt forsett skulle lovfestes som en del av forsettsbestemmelsen. Dette sluttet justiskomiteen seg til i Innst.O.nr.72 (2004-2005).

Det fremgår av Ot.prp.nr.90 (2003-2004)¹¹⁷ at ”siktemålet med definisjon er å videreføre dagens innhold”. Det omfatter bare den positive innvilgelsesteori. Overgangen til den hypotetisk innvilgelsesteori kan være glidende tatt i betraktning at begge former har et hypotetisk moment i seg, med mindre det foreligger bestemte utsagnsmomenter som tilståelse, annen samtale eller dokumentbevis.¹¹⁸

Grunnvilkåret¹¹⁹ omhandler viten og har likheter med bevisst uaktsomhet. Som det fremgår av ordlyden må gjerningspersonen holde det for mulig at handlingen dekker gjerningsbeskrivelsen. Lavere sannsynlighetsgrader enn 51% vil kunne omfattes, og forsettets grense flyttes nedover. Følgen må ha blitt vurdert i gjerningsmannens bevissthet. Følgen må ha vært regnet med.¹²⁰ Det har blitt hevdet at ”det neppe kreves mer enn praktisk mulighet, en mulighet som folk flest regner med og er oppmerksom på”.¹²¹ Med andre ord kan ikke upåregnelige følger oppfylle kravet.

¹¹³ punkt 19.4.1.1

¹¹⁴ punkt 3.4.11.5

¹¹⁵ punkt 10.4

¹¹⁶ punkt 10.4.1

¹¹⁷ punkt 16.2.4

¹¹⁸ Eksempler på relevante utsagnsmomenter fremgår av: merknad til Rt.2009 s.1014 på lovdata, skrevet av lagmann Anders Bøhn.

¹¹⁹ Definisjon brukt av Andorsen, Kjell V. *Dolus eventualis – tolv år etter*. Jussens venner 2009 s.155

¹²⁰ Matningsdal, Magnus. Rettsdata lovkommentar. Straffeloven 2005 note 138

¹²¹ Andorsen, Kjell V. *Dolus eventualis – tolv år etter*. Jussens venner 2009 s.156

Tilleggsvilkåret¹²² består av en kombinasjon av vilje, på tross av viten. Gjennom historien har det hersket betydelig usikkerhet om det nøyaktige innholdet.¹²³ Høyesterett har heller ikke bidratt til en sikker avklaring, da deres begrepsbruk har variert.

Den aktuelle ordlyden er ”velger å handle selv om det skulle være tilfelle”. Dette kan beskrives som akseptering og konkludering, forut for gjennomføring, men etter vurdering. Det er innholdet som byr på tvil, altså tolkningen av ”skulle være tilfelle”. Hvor sikker må man anse at gjerningsmannen har vært i forbindelse med sannsynligheten av at gjerningen medfører straffbarhet? Hvor klar må den forbryterske vilje ha vært?

Ordlydens språklige forståelse kan være tvetydig. Det kan kreves en klar formodning, nærmest noe sikkert. Det kan kreves en mulighet, altså noe som er mer sannsynlig enn noe annet. I teori og rettspraksis er dette ofte formulert som et spørsmål om det er nok at personen bestemte seg for å foreta handlingen selv om følgen mest sannsynlig ville oppstå eller om det må kreves at følgen med sikkerhet ville oppstå.

Fra rettspraksis kan det vises til Rt.2004 s. 1769, som Høyesterett senere har vist til flere ganger.¹²⁴ Saken handlet om en 50 år gammel kvinne som var sjåfør og delaktig ved overlevering av heroin. Kvinnen ble i lagmannsretten domfelt for overtredelse av §162 første jf. andre ledd. Høyesterett opphevet dommen på bakgrunn av berettiget tvil til hvorvidt forsettskravet var riktig oppfylt. Fra dommen fremgår det at:

*”Det er ikke tilstrekkelig til å konstatere forsett i form av *dolus eventualis* at det forhold som forsettet skal dekke, for gjerningspersonen fremstilte seg som mulig, og at vedkommende likevel valgte å handle. Det kreves i tillegg en positiv innvilgelse av dette momentet. Lagmannsretten måtte således ved sin straffutmåling finne det bevist at A bevisst hadde tatt det standpunkt at hun ville medvirke selv om det var en så betydelig mengde heroin..”*

Dersom det skal søkes å formulere en standard for vurderingstemaet i tilleggsvilkåret kan det hevdes at det må legges til grunn sikker kunnskap om at handlingen dekker

¹²² Definisjon brukt av Andorsen, Kjell V. *Dolus eventualis – tolv år etter*. Jussens venner 2009 s.156

¹²³ For utdyping se: Matningsdal, Magnus. Rettsdata lovkommentar. Straffeloven 2005 note 139

¹²⁴ Avgjørelser som viser til dommen er for eksempel Rt.2009 s.229, Rt.2009 s.750 og Rt.2009 s.1014

gjerningsbeskrivelsen.¹²⁵ Det som er sikkert eller bevisst er positivt, altså noe bestemt. Retten må således finne det bevist at lovbryteren ville gjennomføre selv om skaden/handlingen med sikkerhet skulle inntre eller oppfylle en gjerningsbeskrivelse.

Det kan synes som det ikke er rom for ulike sannsynlighetsgrader i vurderingen slik noen har hevdet,¹²⁶ som en kan finne spor av i enkelte forarbeider¹²⁷ og noe Høyesteretts praksis.¹²⁸ Ordlyden viser tilbake på handling som dekket gjerningsbeskrivelsen. Mulighet bør dermed bare vurderes i grunnvilkåret. Realiteten hvis det opereres med sannsynlighet blir at personen bare innvilget en risiko. Da vil ikke den forsettelige forbryterske vilje være særlig tilstedeværende. Da blir det bevisst uaktsomhet, som ikke har akseptering, konkludering og likevel vilje til å gjennomføre. I tilleggsvilkåret bør en således vurdere, ofte ut fra hypotese, om gjerningsmannen innvilget en handling som positivt eller faktisk dekket gjerningsinnholdet. I så fall kan personen bebreides tilstrekkelig som forsettelig gjerningsmann.

Reelle hensyn trekker i samme retning. Skillet mellom forsett og uaktsomhet bør være klart siden forskjellen i strafferammene er stor. Ved å lempe på vurderingstemaet kommer en fort over i situasjoner der uklarhet hersker og straffverdigheten blir mindre fordi den forbryterske vilje ikke kommer klart nok frem. Også rettsteknisk er standpunktet å foretrekke. For domstol, påtalemyndighet og ulike rettsadvokater vil det virke prosessparende. Holdes temaet enkelt kommer prosessen vinnende ut ved at det skapes bedre forståelse og forutsigbarhet. Praksis har vist at ulike aktører har hatt store utfordringer med å formulere temaet presist og dekkende. Ved å gjøre kravet mer konkret og lett forståelig kunne mye vært spart og mye spares. Komplisering av bevisbildet er ingen relevant innvending. Vurderingen er fortsatt utpreget hypotetisk slik at behovet for vanskelig tilgjengelige bevismidler er begrenset.

¹²⁵ Standpunktet har støtte i bl.a. NOU-1992-23 punkt 3.4.11.5, Matningsdal, Magnus. Rettsdata lovkommentar. Straffeloven 2005 note 139, Rt.2004 s.1769, Rt.2009 s.229, Rt.2009 s.750 og Rt.2009 s.1014

¹²⁶ For eksempel Andorsen, Kjell V. *Dolus eventualis – tolv år etter*. Jussens venner 2009 s.155 og Istad, Tarjei. *Forsett, eventuelt*. Miljøkrim 2009 nr.3 s.22

¹²⁷ For eksempel Ot.prp.nr.90 punkt 16.2.4

¹²⁸ For eksempel Rt.2004 s.1565 og Rt.2007 s.1559

3.3 Endringen i praksis

Det kan reises spørsmål om hva som kommer til å bli utgangspunktet når endringen trer i kraft. Vil påtalemyndigheten prosedere på hensikt, hensiktsforsett, sannsynlighetsforsett eller eventuelt forsett?

På den ene siden kan det hevdes at påtalemyndigheten ikke har hatt særlig vanskeligheter med å fremlegge faktum eller holdepunkter som medfører at domstolen mener kravet til hensikt er oppfylt. Bevisføring og prosedyre rundt temaet er som regel knapp, men allikevel anser domstolene kravet for oppfylt. ”Som oftest er det klart at tyvens hensikt nettopp var å skaffe seg penger eller gjenstander til eget bruk eller for videresalg. Like fullt krever kravet om vinnings hensikt en – i hvert fall i prinsippet – mer presis vurdering av hva gjerningspersonen tenkte i handlingsøyeblikket. Retten nøyer seg imidlertid ofte med å konstantere i dommen at vinnings hensikt finnes bevist, uten nærmere drøftelse. Det siste vitner om at skyldkravet er uproblematisk, men nok innimellom også utslag av at kravet er vanskelig å håndtere og drøfte fordi man har få holdepunkter å drøfte ut fra.”¹²⁹

Ettersom vilkåret kan være uproblematisk er det grunn til å anta at påtalemyndigheten vil fortsette å prosedere på hensikt der saken ligger til rette for det. Påtalemyndighetens oppgave er tross alt å prosedere på det skyldkrav som mest korrekt uttrykker handlingens straffverdighet slik at straff kan settes i forhold. På den andre siden er det grunn til å legge nærmere merke til departementets uttalelse. Den kan indikere bl.a. to ting. For det første at hensikt krever spesielle holdepunkter for å anses oppfylt. For det andre at hensikt medfører en noe mer vanskelig vurdering enn for eksempel sannsynlighetsforsett. Sett i sammenheng med andre uttalelser i forarbeidene om at ønskede konsekvenser av lovendringen er at bevisbedømmelsen¹³⁰ og bevistemaet¹³¹ under skyldspørsmålet skal bli enklere, kan mye tyde på at lovgiver ønsker at utgangspunktet skal bli prosedyre på forsett med mindre det foreligger spesielle omstendigheter eller holdepunkter.

¹²⁹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 8.2.3

¹³⁰ NOU-2004-4 punkt 7.5.1

¹³¹ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 8.2.3

Prosedyre på forsett, sannsynlighetsforsett, har gode grunner for seg i normaltilfellene. Ikke sjelden hevder tiltalte at han ikke tenkte på å berike seg selv på en eller annen måte. I slike tilfeller vil det avgjørende være om retten anser forklaringen troverdig. Er den ikke troverdig konkluderes det med at vinnings hensikt foreligger. Er tiltalte troverdig blir han frifunnet for forbrytelse som krever hensikt. Det kan stilles spørsmål om slik troverdighetsvurdering er i overensstemmelse med uskyldpresumsjonen. I det minste må en påstand skape noe tvil til hvorvidt rett hensikt forelå og det bør da kreves holdepunkter om det motsatte. Ved prosedyre på forsett vil det ikke bli behov for en tilsvarende streng vurdering av tiltaltes troverdighet siden kravene for å pådømme er mindre stenge. Tiltalte kan i noen grad høres med sin unnskyldning, men det trenger ikke utelukke forsett.

Ettersom spørsmålsstillingen for hensikt og hensiktsforsett er tilsvarende blir det neppe aktuelt å benytte forsettsformen hensiktsforsett i særlig omfang. Likhetene er så påfallende at hensiktsforsett trolig vil utgjøre et unntak i praksis. Derimot kan hensiktsforsett komme på tale hvis bevissituasjonen blir spesiell eller påtalemyndigheten får et ønsket om å få frem et straffskjerpene moment innen strafferammen for forsett. Det er grunn til å anta at valget for påtalemyndigheten i alminnelighet vil stå mellom sannsynlighetsforsett og hensikt.

Når forsett om uberettiget vinning skal prosederes ut fra sannsynlighetsforsett blir spørsmålet om det for tiltaltes bevissthet var mer sannsynlig at handlingen ville medføre en uberettiget vinning, enn ikke. Ses det i sammenheng med tidligere da spørsmålet var om tiltaltes formål eller motiv bak handlingen var å skaffe seg en uberettiget vinning viser forskjellen seg klart. I stedet for å bevise tiltaltes målbevisste tanker behøver påtalemyndigheten for fremtiden for det første bare fremlegge holdepunkter som viser at tiltalte tenkte på muligheten av vinning. For det andre at det er tilstrekkelig sannsynlig at gjerningsmannen holdt vinning som det mest sannsynlige utfallet av handlingen. Denne oppgaven synes overkommelig og påtalemyndighetens oppgave lempes betraktelig. Det kan konkluderes med at forenklingen av bevistema er betydelig, i hvert fall teoretisk sett.

Når det gjelder vinningsforbrytelser kan mye tyde på at eventuelt forsett ikke vil ha en sentral plass. En gjennomgang av nyere rettspraksis viser at eventuelt forsett ikke anvendes ved vinningsforbrytelser. Derimot er det meget aktuelt ved heleri, narkotikasaker med kurerer og grovere voldsforbrytelser. For fremtiden kan det allikevel ikke utelukkes at eventuelt forsett

kan få en mer sentral plass, tross alt er retten forpliktet til å vurdere det dersom sannsynlighetsforsett ikke foreligger.

Det kan bemerkes at skyldkravene ved vinningsforbrytelser er blitt standardisert. Tidligere kunne det hevdes at eventuelt forsett passet dårlig i bestemmelser med hensikt. Dersom det var usikkerhet om hvorvidt en handling var drevet frem med en bevissthet om at handlingen mest sannsynlig dekket gjerningsbeskrivelsen, var det desto mer usikkert om det forelå noen hensikt bak handlingen. Eventuelt forsett, som har likheter med uaktsomhet, er på mange måter uforenlig med hensikt. Grunnvilkåret kan oppfylles selv om personen ikke tenkte seg veldig godt om, men det er ofte lite kompatibelt med et klart formål. Når hensiktskravet blir borte kan det åpne opp for mer utstrakt bruk av eventuelt forsett.

Under høringsrunden¹³² av hvorvidt eventuelt forsett skulle videreføres påpekte Oslo politidistrikt, som departementet¹³³ og justiskomiteen¹³⁴ sluttet seg til, ”et klart behov for forsettsformen i saker om organisert kriminalitet med rot i lukkede miljøer der bakmennene ofte er langt eller fjernt fra der handlingene blir begått.” I slike situasjoner har det vært en vanskelig oppgave å føre bevis for at en bakmann holdt utøvelsen av en straffbar handling som mest sannsynlig. Enda mer problematisk har det vært å bevise hensikt. Sannsynlighetsforsett og hensiktskravet kan således ha medført at bakmenn har gått fri eller blitt tiltalt for et straffebud som ikke krever forsett eller hensikt.

Etter eventuelt forsett vil det være tilstrekkelig å føre bevis for at bakmennene innså muligheten av hva de direkte gjerningsmennene hadde i tankene, men likevel bidro med sitt.¹³⁵ I forbindelse med forsett om vinning blir spørsmålet om tiltalte innså muligheten av at handlingen kunne medføre en vinning, og deretter valgte å handle selv om handlingen skulle medføre uberettiget vinning.

For det første kan påtalemyndigheten sette søkelyset på å bevise at tiltalte holdt vinning for mulig. For det andre kan det settes søkelys på tiltaltes forbryterske vilje i forhold den aktuelle

¹³² Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 10.4.3

¹³³ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 10.4.4

¹³⁴ Innst.O.nr.72 (2004-2005) punkt 9.3

¹³⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 10.4.3

og lignende forbrytelser. Det kan gjøres ved å fremheve personkarakteristika, handlingskarakteristika og erfaringskarakteristika. Det skyldes umuligheten av å bevise hva tiltalte tenkte, med mindre det foreligger utsagnsbevis. Klarer påtalemyndigheten å sannsynliggjøre i tilstrekkelig grad at tiltalte innså muligheten av vinning og samtidig hadde en forbrytersk vilje for vinning den aktuelle gangen, tilsier mye at eventuelt forsett kan oppfylles. Det har blant annet sammenheng med forskjellen mellom forsett og uaktsomhet, som er avgjørende for eventuelt forsetts nedre grense. Ved uaktsomhet straffes en tiltalt fordi han ikke tenkte seg godt nok om. I det ligger en forutsetning om at tiltalte ikke hadde utført handlingen hvis han hadde tenkt seg bedre om. Motsetningvis er forsett tuftet på at tiltalte hadde en vilje til å gjennomføre, under forutsetning av at straffbar handling i ulik grad var påregnelig.

Får påtalemyndigheten bevist de to forholdene synes det trolig at domstolen kan anse både grunnvilkåret og tilleggsvilkåret for oppfylt. Det mest avgjørende for tilleggsvilkåret er at tiltalte likevel hadde gjennomføringsvilje, på tross av eller i forhold til, at handlingen medførte vinning. I så fall foreligger bevissthet om å ha tatt et standpunkt, altså akseptering og konkludering. Det ligger i eventuelt forsetts natur at dersom det kan bevises gjennomføringsvilje i forbindelse med å skaffe seg vinning, både generelt og den aktuelle gangen, så kan domstolen ut fra en hypotese konkludere med at tiltalte bevisst hadde tatt standpunkt om å utføre eller medvirke, selv om handlingen skulle medføre vinning.

Sett fra påtalemyndighetens side kan utformingen av skyldkravet og skyldvurderingen komme i bakgrunnen. Det kan tilsi at spørsmålet tilknyttet formuleringen av den positive innvilgelsen, om tiltalte valgte å handle selv om det mest sannsynlig eller sikkert skulle være tilfellet, kan vies mindre oppmerksomhet. Forutsetningen blir at det legges til rette for at det kan konkluderes med at tiltalte bevisst hadde tatt standpunktet om å ville handle, selv om det skulle medføre uberettiget vinning.

I tillegg må den aktuelle vinningen spesifiseres. Hensynet til individualisering og at straff skal settes i forhold taler for spesifisering. Manglende presisering har særlig vært et problem i narkotikasakene. Gjelder saken et sykkelyveri må retten konkludere med at tiltalte bevisst hadde tatt standpunkt om å handle selv om det skulle medføre borttagelse av en sykkel.

Lykkes påtalemyndigheten med bevisføringen og sannsynliggjøringen åpnes det for strafforfølgelse i større grad. Det kan etterlate et inntrykk av at eventuelt forsett kan få større betydning for vinningsforbrytelser. Det indikerer nykriminalisering, kanskje spesielt for bakmenn, men også for andre ved spesielle bevissituasjoner. I tillegg vil gjengangere kunne merke endringen. Tidligere historie og personkarakteristika kan klart tale for gjennomføringsvilje, også den aktuelle gangen.

3.4 Lovendringens betydning for de spesielle problemstillingene

I forarbeidene fremgår en forventning om at lovendringen vil omfatte omtrent det samme som tidligere.¹³⁶ Derimot når det gjelder de spesielle problemstillingene kan endringen medføre en ønskelig utvidelse av straffansvaret. Videre rettes fokus mot eventuell nykriminalisering.

3.4.1 Uvitenhet og forsett om vinning

I den nye straffeloven er det gjort endringer i reglene om villfarelse. Begrepet villfarelse er byttet ut med det som anses som et mer dekkende begrep, uvitenhet. §25 inneholder regler om faktisk uvitenhet. §26 inneholder regler om rettsuvitenhet. En vesentlig endring ligger i at all rettsuvitenhet skal vurderes etter §26. Skillet mellom ulike rettsvillfarelser, situasjonsvillfarelse (uegentlig villfarelse) og normvillfarelse (egentlig villfarelse), skal opphøre.

3.4.1.1 Faktisk uvitenhet

Det fremgår av §26 første ledd at enhver skal bedømmes etter sin oppfatning av den faktiske situasjon på handlingstidspunktet. Ordlyden skiller seg fra straffelovens §42 første ledd uten

¹³⁶ NOU-2002-4 punkt 7.5.4 eller Ot.prp.nr.8 (2007-2008) punkt 8.4.3.2

at det er tenkt noen realitetsforandring. Man kan ikke straffes for forsettelig lovbrudd hvis man er i uvitenhet om en faktisk omstendighet som har betydning for straffbarheten, inkludert straffrihetsgrunner, straffritaksgrunner og straffnedsettelsesgrunner.¹³⁷

En konsekvens av hovedregelen blir at skylden må dekke hele det objektive gjerningsinnholdet. Unntak kan skje dersom uaktsomhet er straffbart og uvitenheten er uaktsom, se §25 andre ledd som tilsvarende straffelovens §42 andre ledd.

Endringen for faktisk villfarelse/uvitenhet er ikke annen enn at loven er blitt mer informativ. Oppfatningen om at straffverdigheten avhenger av hvordan gjerningspersonen oppfattet situasjonen, og ikke av hvordan situasjonen faktisk forløp videreføres.¹³⁸ Se avsnitt 2.5.1.1 for nærmere redegjørelse.

3.4.1.2 Rettsuvitenhet

Det nye er at all uvitenhet om rettsregler skal vurderes etter §26. Det være seg manglende kjennskap til eksistensen av regler eller innholdet. Det har som konsekvens at ”dommeren kan gå rett på sak og treffe avgjørelsen på grunnlag av en vurdering av om det er nødvendig og rimelig å anvende straff til tross for rettsvillfarelsen, i stedet for å søke løsningen i en uklar distinksjon mellom situasjonsvillfarelse og normvillfarelse.”¹³⁹ En konsekvens av at hensiktskravet fjernes blir at det kan pådømmes for forsettelig lovbrudd selv om rettsuvitenheten er uaktsom. Det kan indikere en nykriminalisering. Hvorvidt det vil skje avhenger av de alminnelige reglene om virkningen av rettsvillfarelsen.¹⁴⁰

Ved all rettsuvitenhet, inkludert ulike situasjonsvillfarelser som nevnt i avsnitt 2.5.1.2, må det for fremtiden foretas en aktsomhetsvurdering. Automatisk frifinnelse blir historie. Den største forandringen i forhold til vinningsforbrytelser blir at den som anser noe som sin rett, det være seg som resultat av god tro eller uvitenhet om privatrettslige disposisjoner, kan straffes, selv

¹³⁷ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 16.5.1

¹³⁸ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 16.5.3

¹³⁹ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. (1965) s.234

¹⁴⁰ NOU-2002-4 punkt 7.5.4

om oppfattelsen eller misoppfattelsen skyldes uaktsomhet. Hvorvidt det i praksis vil resultere i nykriminalisering vil avhenge av aktsomhetsvurderingen. Spørsmålet som må stilles er hvor streng aktsomhetsvurderingen forventes å ville bli.

Det følger av forarbeidene at aktsomhetskravet skal praktiseres relativt,¹⁴¹ men strengt av hensyn til likhet og effektiv rettshåndhevelse.¹⁴² Desto mer en uvitenhet har karakter av en villfarelse om eksistensen av eller innholdet i selve det straffebudet som er overtrådt, desto mindre grunn er det for frifinnelse.¹⁴³ Videre fremgår det av forarbeidene at ”i bedømmelsen av om rettsuvitenheten er uaktsom bør det legges vekt på om og eventuelt i hvilken grad rettsuvitenheten har trekk av situasjonsvillfarelse. Generelt sett skal det mer til før en rettsuvitenhet med slike trekk er uaktsom enn ved andre typer rettsuvitenhet. I den grad uvitenheten knytter seg til anvendelsen av rettsregler som ligger bakenfor straffebudet, prejudisielle rettsforhold, blir det mer krevende å ha oversikt og det vil lettere være unnskyldelig å trå feil.”¹⁴⁴

Utgangspunktet er likevel at vurderingens strenghet vil avhenge av den konkrete situasjon. Det kan være vanskelig å spå nøyaktig hvordan vurderingene blir eller hvilket utfall de får, men det er grunn til å forvente at sentrale momenter vil være graden av uaktsomhet, rimeligheten av å straffe, handlingens straffverdighet, likhet og reglenes effektivitet.

Av betydning for vurderingen kan det påpekes at regelens ordlyd er endret fra unnskyldelig til uaktsom. Det skyldes ønske om å dempe aktsomhetskravet i forhold til dagens praksis i de tilfeller der myndighetene ikke har gjort nok for å hindre rettsuvitenhet. Det kan for eksempel være ved uklar utforming eller manglende offentliggjøring av ulike kilder.¹⁴⁵ Endringen av ordlyden kan også ses i sammenheng med forarbeidenes forutsetning om at situasjonsvillfarelse generelt ikke skal bedømmes strengere etter §26 enn nåværende §57.¹⁴⁶

¹⁴¹ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.2.3

¹⁴² Innst.O.nr.72 (2004-2005) punkt 15.5.2

¹⁴³ NOU-2002-4 punkt 7.5.4

¹⁴⁴ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 30.1

¹⁴⁵ Ot.prp.nr.90 (2003-2004) punkt 30.1

¹⁴⁶ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.2.3

Totalt sett er det usikkert i hvilken grad det vil skje en nykriminalisering. På den ene siden er det klart at vurderingen av rettsvillfarelse vil bli mer omfattende. Domstolene pålegges å gjøre en vurdering der utfallet ikke er gitt på forhånd. Allikevel er det ikke sikkert at resultatet vil avvike fra det som ville vært tilfelle i dag. Kravet om aktsomhetsvurdering, med dets tolkning og strenghet, må ses i sammenheng med mulige rettsvirkninger. Resultatet av en uaktsom rettvitenhet kan medføre domfellelse, nedsatt straff eller frafall av utmåling av straff (jf. den nye §61) eller frifinnelse. Virkemidlene blir med det mange dersom man skulle risikere å domfelle for noe som før ble frifinnelse hvis utmåling av straff synes urimelig. Det kan ikke konkluderes med at det vil skje en omfattende nykriminalisering. Hvorvidt det vil skje vil være opp til domstolene, men det er grunn til å tro at nykriminalisering i det ytterste vil bli marginal.

3.4.2 Selvforskyldt rus og forsett om vinning

Det har blitt påpekt at lovendringen vil føre til en nykriminalisering for handlinger begått i selvforskyldt rus. Det må bemerkes at stillingen for de som blir uforskyldt beruset i det vesentlige forblir den samme. Ved selvforskyldt beruselse kommer hovedregelen til å bli at forsett om uberettiget vinning kan fingeres etter §25 tredje ledd. Lovbryteren skal bedømmes som om han hadde vært edru. Se avsnitt 2.5.2 for utfyllende redegjørelse.

Det fremgår av forarbeidene at det her er tale om marginal nykriminalisering i det vinnings hensikt som regel er funnet bevist på bakgrunn av alminnelige bevisregler.¹⁴⁷ Det kan allikevel være grunn til å tro at endringen kan medføre en viss nykriminalisering hvis en ikke tar tilbørlig omhu. Når stillingen tidligere var at hensikt ikke kunne fingeres fungerte det i realiteten som en brems for dommerne. De måtte vurdere handlingen og tiltaltes forklaring nærmere, og de måtte tenke seg grundig om før vinnings hensikt ble fastslått. Når skyldkravet er lavere, fra formål til trolig noe som er mest sannsynlig, og forsett kan fingeres, muliggjør det at dommerne kan ta enklere på spørsmålet. De barrierene som stod tidligere er flyttet.

¹⁴⁷ Se avsnitt 2.5.2 og Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.2.3

Følgen av endringen kan bli at dommeren med betraktelig færre betenkninger kan gjøre en vurdering av hva de tror tiltalte tenkte og konkludere med at forsett om vinning foreligger. Det kan medføre en enda strengere vurdering av tiltalte troverdighet, noe som er betenkelig ut fra et rettssikkerhetsmessig og menneskerettslig perspektiv. Tiltalte har muligens gjort noe straffbart, men han fortjener å fremføre sin oppfatning og få den vurdert på en verdig måte. Noe annet kan undergrave rettssystemet og lovendringen kan fungere mot lovgivers hensikt. Det synes dermed klart at domstolene må være bevisst i sin vurdering og ikke frata tiltalte all rett til å bli ansett uskyldig inntil det motsatte er bevist etter loven. I motsatt fall er det grunn til å forvente noe nykriminalisering.

3.4.3 Medvirkning og forsett om vinning

Både straffelovskommisjonen og departementet var enige om at en nykriminalisering for enkelte medvirkningshandlinger vil være en ønskelig utvidelse av straffansvaret.¹⁴⁸ Etter gjeldene rett, som lovgiver mener er uheldig, kan ikke en person som hjelper en annen med å begå en vinningsforbrytelse og som er viten om at tyven har til formål å skaffe seg en vinning domfelles når hans eneste hensikt for eksempel er å skade eieren eller yte tyven en tjeneste.¹⁴⁹ Når endringen trer i kraft vil denne gruppen lovbrøyttere trolig kunne straffes etter et straffebud som inneholder kravet til vinning, og er en vinningsforbrytelse.

Som påpekt tidligere omfattes ikke bare egen vinning, men også vinning for andre.¹⁵⁰ Dette andre alternativet kan få stor selvstendig betydning for medvirkningshandlinger. Det vil være tilstrekkelig at medvirkeren holdt det mest sannsynlig at noen skulle oppnå en uberettiget vinning. I vanskelige saker kan eventuelt forsett anvendes som forenkler bevistemaet ytterligere.

Mer betydningsfullt enn nykriminalisering av direkte eller nære medvirkere er det at kretsen av medvirkere kan utvides. Kretsen som holder vinning som mest sannsynlig er større enn den

¹⁴⁸ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.2.3

¹⁴⁹ Se avsnitt 2.5.3 og NOU-2002-4 punkt 7.5.4

¹⁵⁰ Se avsnitt 3.1 jf. 2.2.2.

som har vinning til formål. Således kan det synes som andre enn de nærmeste medvirkerne, de direkte medvirkerne, kan straffes. Dette kan synes å være en virkning som ikke er vurdert av lovgiver, men sett i sammenheng med reformbehovet og nyutviklingen av kriminaliteten kan det medføre en ønsket og tilfredsstillende virkning.

Gruppen som driver omfattende og organisert vinningskriminalitet kan bli særlig utsatt etter lovendringen. For eksempel de dagsaktuelle mobile vinningskriminelle. Det er grunn til å tro at påtalemyndigheten i dag må unnlate å tiltale medvirkere fordi enkelte elementer, og spesielt vinnings hensikt, blir vanskelig å bevise etter hvert som avstanden til hovedmannen øker. For eksempel kan det tenkes at enkelte, det være sjåfører eller tilretteleggere av ulik karakter, unngår påtale. Når bevisstemaet til et sentralt vilkår reduseres og vurderingstemaet forenkles åpnes det for påtale i større grad. Det kan således hevdes at lovendringen har en utilsiktet eller ikke uttalt virkning. Straffeforfølgelse kan økes for medvirkere i ulike roller.

3.5 I hvilken grad medfører endringen generell nykriminalisering?

Ovenfor er det beskrevet at nykriminalisering kan bli marginal for rettsvillfarelse og rusrelaterte handlinger. Derimot er det mer grunn til å forvente nykriminalisering for medvirkere, bakmenn og muligens gjengangere. Da gjenstår spørsmålet om det vil skje annen nykriminalisering.

Generell nykriminalisering er ikke drøftet særlig i forarbeidene. Som nevnt er det eneste som fremgår en forventning om at endringen vil omfatte omtrent de samme handlingene som i dag.¹⁵¹ Om det tilsier at det kan trekkes den konklusjon at generell nykriminalisering ikke blir virkningen er usikkert.

Ved generell nykriminalisering kan det sondres mellom en teoretisk og en praktisk synsvinkel. Når generell nykriminalisering skal drøftes ut fra et teoretisk perspektiv er det viktig å være oppmerksom på to avgjørende forhold. For det første må gjerningsmannen skaffe seg en vinning som er uberettiget. Dette medfører at mange handlinger som tidligere

¹⁵¹ NOU-2002-4 punkt 7.5.4 eller Ot.prp.nr.8 (2007-2008) punkt 8.4.3.2

falt utenfor ikke vil omfattes etter lovendringen. For eksempel selvtæktshandlinger, der en presterer motytelse eller der en tror at det foreligger samtykke. Lovendringen får dermed ingen betydning dersom vilkårene uberettiget og vinning ikke er oppfylt.

Etter lovendringen vil det heller ikke kunne pådømmes dersom formålet bak handlingen er noe helt annet enn vinning. I slike tilfeller vil tankene fullstendig være viet til noe annet enn vinning. Den første gruppen som kan nevnes er der handlingen utelukkende har et destruktivt formål.¹⁵² I slike tilfeller er gjerningsmannens tanker på uberettiget vinning fraværende.

Vinnings hensikt vil da ikke oppfylles og det synes klart at heller ikke forsett om vinning vil foreligge. Når gjerningsmannens tanker ikke i noen grad er influert eller inspirert av uberettiget vinning vil ikke det nødvendige forsett foreligge. Det samme vil gjelde i situasjoner der gjerningsmannen handler i affekt, hevn eller på spøk.

For det andre er det viktig å være klar over hva lovendringen faktisk medfører, teoretisk sett. Når loven endres fra et krav om hensikt til et krav om forsett synes det å medføre en reduksjon av i hvilken grad gjerningsmannen trenger å være målbevisst. Det nåværende krav går ut på at gjerningsmannen må ha som formål å skaffe seg en uberettiget vinning, mens det fremtidige krav går ut på at gjerningsmannen i ulik grad må være inspirert eller ha gjort seg tanker om å oppnå uberettiget vinning, og på tross av det valgt å handle. Det vil fortsatt kreves en bakenforliggende drivkraft hos gjerningsmannen, men den trenger ikke være like sterk.

Det avgjørende for om det vil skje en generell nykriminalisering blir om det foreligger tilfeller der gjerningsmannen ikke handlet i hensikt, men med forsett. Kan det tenkes slike tilfeller vil det skje en mer generell nykriminalisering. Hvis sannsynlighetsforsett blir det alminnelige utgangspunkt i praksis kan det spørres om hva rettsstillingen blir hvis gjerningsmannen er inspirert av ulike omstendigheter, deriblant vinning, uten at klart formål eller hensikt foreligger.

En kan møte på tilfeller der handlingen savner en klar motivasjon eller utløsende årsak. Det kan tenkes at gjerningsmannens har latt seg friste av tanken på vinning, men lagt den fra seg og i stedet vært innom tanker som går på at tingen var hans egen, at det hele var en spøk, at han skulle gi tingen tilbake eller at han trodde han hadde samtykke. Således kan uberettiget

¹⁵² Se avsnitt 2.6 for eksempler

vinning ha vært tenkt, men ikke fungert som førende eller særlig motivasjon for handlingen. Domstolene vil nok i slike tilfeller vurdere om tiltaltes påstander er troverdige, men dersom det forutsettes at tiltalte er troverdig synes det klart at det teoretisk sett ikke foreligger noe bestemt og klart formål bak handlingen. Vinnings hensikt kan dermed være utelukket, men det kan foreligge forsett om uberettiget vinning.

Eksemplet over befinner seg i et vanskelig mellomstilt mellom der handlingene er motivert av et klart formål om vinning og der handlingen kan synes tankeløs, eller være drevet av noe helt annet. Det vil medføre usikkerhet for domstolene der gjerningsmannen hevder å ha tenkt tanken om vinning, men påstår at han også tenkte på annet. Unntaksvis vil en kunne komme til at gjerningsmannens tanker var likestilte, og i så fall vil neppe det nødvendige sannsynlighetsforsett foreligge. Da kan eventuelt forsett komme til anvendelse slik at en hypotese om gjerningsmannens tankevirksomhet kan medføre domfellelse for forsett.

Når gjerningsmannen hevder at en og samme handling var inspirert av ulike grunner må domstolen søke å finne ut av inspirasjonenes styrke og innbyrdes styrkeforhold. Når handlingen savner et klart formål og gjerningsmannens tankevirksomhet ikke er entydig klar kan det enten medføre en frifinnelse eller pådømmes for forsett. Noe fasitsvar på slike vurderingers resultat kan neppe gis. Hvert tilfelle må vurderes konkret ut fra aktuelle bevis og holdepunkter. Konklusjonen vil avhenge av domstolens diskresjonære kompetanse. Hvis domstolen i slike situasjoner finner at en bakenforliggende tanke om vinning er dominerende vil forsett om vinning kunne være oppfylt, selv om det ikke kan bevises at tanken var så påtrengende at det utgjorde handlingens hensikt. Således kan det, teoretisk sett, hevdes at en ny gruppe handlinger vil kunne kriminaliseres.

Det er vanskelig å finne mer konkrete og spesifikke eksempler på tilfeller som ikke omfattes av vinnings hensikt, men som omfattes av forsett om vinning, utover det som er skissert over. Når forsett om vinning trer i kraft er det riktignok grunn til å anta at en effekt kan merkes i de tilfellene påtalemyndigheten og domstolene finner det tilstrekkelig tvilsomt om vinnings hensikt foreligger. Da kan forsett om vinning anvendes. Således vil ikke valget stå mellom frifinnelse eller vinnings hensikt. Forsett om vinning vil komme inn som en mellomting og det medfører at flere kan rammes. Teoretisk sett indikerer det nykriminalisering.

Ved en praktisk synsvinkel kan spørsmålet om nykriminalisering stille seg annerledes. I et slikt perspektiv er domstolenes forhenværende praksis relevant. Stikkord kan være sannsynlighet og troverdighet. Dersom en tiltalt fremsetter påstander om at vinnings hensikt ikke forelå blir det ofte avgjørende hvorvidt domstolen finner tiltalte troverdig eller ikke. Dersom domstolen konkluderer med at tiltalte ikke er troverdig vil resultatet bli at vinnings hensikt anses å foreligge, dersom det er tilstrekkelig sannsynlig. Tiltaltes anførsler kommer på den måten i skyggen av hva handlingen og omstendighetene rundt tilsier. Ved en slik praksis kan en hevde at domstolen anvender ulike sannsynlighetskalkyler i sin vurdering av vinnings hensikt. Eksempler på spørsmål domstolene kan stå ovenfor kan være: Er det sannsynlig at tiltalte er troverdig? Hvor sannsynlig er det at han handlet i vinnings hensikt? Tilsier handlingen at det er sannsynlig at han handlet i vinnings hensikt?

Når kravet endres fra hensikt til forsett kan en på mange måter si at momentet sannsynlighet blir bedre forankret i overensstemmelse med loven. Ettersom sannsynlighetsforsett kan bli et utgangspunkt vil domstolenes hovedoppgave bli å vurdere sannsynligheten av at tiltalte tenkte at handlingen mest trolig ville medføre vinning. En tidligere praksis med ulike sannsynlighetskalkyler blir dermed i tråd med loven. Det indikerer at lovendringen ikke vil føre til en nevneverdig nykriminalisering. Dagens praksis kan videreføres uten nevneverdig forandring, men med økt legitimitet.

En uttalt følge av lovendringen blir at bevistemaet forenkles.¹⁵³ Også ut fra et slikt ståsted er det grunn til å tro at endringen er større teoretisk enn praktisk, og at det får liten betydning for eventuell nykriminalisering. På den ene siden er det teoretisk enklere og mer overkommelig å fremlegge bevis eller holdepunkter for at noe er sannsynlig, i motsetning til utslag av en bevisst målrettet tanke. På den andre siden viser praksis at det ikke er mye rom for å gjøre temaet enklere. Under tiden er det lite bevisføring rundt vilkåret og domstolene fastslår ofte uten drøftelse at vilkåret er oppfylt. Hvorvidt domstolene for fremtiden vil tillate ytterligere forenkling gjenstår å se.

¹⁵³ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) punkt 8.2.3

4 Avsluttende bemerkninger

Gruppen som kan merke lovendringen størst er trolig bakmenn ved organisert kriminalitet, ulike perifere medvirkere og gjengangere. Grensene for å pådømme for fullbyrdet forbrytelse og medvirkning utvides, gjennom bruk av henholdsvis sannsynlighetsforsett og eventuelt forsett. Ut over disse gruppene vil lovendringen trolig ikke i særlig grad medføre en generell nykriminalisering. Allikevel er det grunn til å slå fast at lovendringen ikke er ubetydelig. Det lempes på et sentralt for å kunne pådømme vinningsforbrytelser.

Selv om det lempes på et betydningsfullt vilkår har tradisjonen vist at behandlingen av vilkåret til tider har vært lite tilfredsstillende. Domstolene har tatt lett på et vilkår med klar ordlyd og klart innhold. Sett utenfra kan det virke som om teori og praksis har vært lite overensstemmende siden domstolenes vurderinger har stor grad av momenter tilknyttet forsett i seg, gjennom ulike sannsynlighetsvurderinger. Etter endringen vil det trolig bli bedre samsvar mellom teori og praksis. En praksis med utstrakt bruk av sannsynlighet vil stemme bedre overens med en ordlyd som legger opp til det. Enkelt bevistema er også hensiktsmessig når en skal vurdere om noe er mer sannsynlig enn noe annet. Slik sett kan en hevde at lovendringen burde ha kommet før. Når den kommer kan rettssikkerheten bedres.

Det mest positive med lovendringen er at forholdet mellom teori og praksis kan bli mer overensstemmende. På en måte kan en si at en konsekvens av lovendringen blir at lovkravet blir bedre oppfylt. Det som vurderes i praksis er det som fremgår av loven. Selv om muligens det nye begrepet er vanskelig for noen vil loven bli mer informativ og øke den enkeltes forutberegnelighet. Lovendringen blir en forandring til det bedre.

5 Litteraturliste

5.1 Bøker:

- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 1. utg. Oslo 1956
- Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utg. Oslo 2004
- Andenæs, Johs. *Formuesforbrytelsene*. 6. utg. Oslo 1996
- Andenæs, Johs. *Spesiell strafferett og formuesforbrytelsene* v/Andersen, Kjell. Oslo 2008
- Anners, Erik. *Den Europeiske rettens historie*. Oslo 1983
- Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utg. Oslo 2006
- Hagerup, Francis. *Strafferettens almindelige del*. Oslo 1911
- Hagerup, Francis. *Straffeloven*. (Kommentarutgave) Oslo 1916
- Knophs, Ragnar. *Oversikt over Norges rett*. 12. utg. Oslo 2004
- Knophs, Ragnar. *Hensiktens betydning for grensen mellem rett og urett*. Oslo 1921
- Matningsdal, Magnus. *Norsk spesiell strafferett*. Oslo 2010
- Røstad, Helge. *Innkast i strafferetten*. Oslo 1993
- Skeie, Jon. *Den norske strafferett*. Andre bind 1946
- Slettan, Svein og Øie, Torill Marie. *Forbrytelse og straff*. Oslo 1997

5.2 Lover:

- 1814 Kongeriget Norges Grundlov av 17. mai 1814
- 1842 Kriminalloven
- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffelovens) av 22. mai 1902 nr. 10
- 1902 Lov om den almindelige borgerlig straffelov ikrafttræden av 22. mai 1902 nr. 11
- 2005 Lov om straff av 20. mai 2005 nr. 28 (ikke trådt i kraft)

5.3 Forarbeider:

Innst 1888 Straffelovskommisjonen

Straffelovskommisjonen 1896. Udkast til Alminnelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge.

Ot.prp.nr.75 (1948) Om lov om endring i den almindelige borgerlige straffelov

NOU-1983-57 Straffelovgivningen under omforming, delutredning I

NOU-1992-23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser

NOU-2002-4 Ny straffelov

Ot.prp.nr.90 (2003-2004) Om lov om straff (straffeloven)

Ot.prp.nr.8 (2007-2008) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv.

Ot.prp.nr.22 (2008-2009) Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

Innst.O.nr.72 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om straff (straffeloven)

Innst.O.nr.73 (2008-2009). Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i

Besl.O.nr.63 (2004-2005). Lov om straff (straffeloven)

Besl.O.nr.88 (2008-2009) Lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28 mv. (siste delproposisjon - slutføring av spesiell del og tilpasning av annen lovgivning)

5.4 Domsregister

Rt.1882 s.629

Rt.1910 s.524

Rt.1950 s.42

Rt.1952 s. 205

Rt.1955 s.503

Rt.1958 s.227

Rt.1959 s.349

Rt.1959 s.1022

Rt.1960 s.46

Rt.1936 s.503

Rt.1964 s.155

Rt.1964 s.1076

Rt.1965 s.125

Rt.1966 s.62

Rt.1967s.365

Rt.1970 s.895

Rt.1974 s.648

Rt.1975 s.473

Rt.1977 s.1327

Rt.1979 s.452

Rt.1986 s.744

Rt.1988 s.548

Rt.1988 s.1368

Rt.1989 s.640

Rt.1990 s.991

Rt.1992 s.1258

Rt.1993 s.14

Rt.1994 s.775

Rt.1994 s.1274

Rt.1994 s.1521

Rt.1995 s.102

Rt.1995 s.1223
Rt.1999 s.379
Rt.2002 s.476
Rt.2002 s. 833
Rt.2002 s.1385
Rt.2003 s.316
Rt.2004 s.363
Rt.2004 s.1565
Rt.2004 s. 1769
Rt.2007 s.1559
Rt.2008 s.1115
Rt.2009 s.229
Rt.2009 s.750
Rt.2009 s.1014
Rt.2009 s.1498
Rt.2009 s.1531

5.5 Elektroniske dokumenter

http://www.ssb.no/a_krim_tab/

<http://no.wikipedia.org/wiki/Straffeloven>

http://no.wikipedia.org/wiki/Vinnings_hensikt

<http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/tema/lovarbeid/ny-straffelov.html?id=494382>

http://www.regjeringen.no/nb/dep/jd/aktuelt/taler_og_artikler/ministeren/justisminister_knut_storberget/2009/tydelig-lov-etter-100-ar.html?id=564016

http://www.snl.no/.nbl_biografi/Magnus_6_H%C3%A5konsson_Lagab%C3%B8te/utdypning

http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?grid=078653&terms_and=uberrettiget%20vinning&hilite=uberrettiget*;grunnlaus*;uberrettiga*;ugrunnet*;grunnløs*;vinning*;&module=44

http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL19020522z2D10&hash=gL19020522z2D10&bid=direct&s_terms=straffeloven

http://www.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR4000/v09/JUR4000-1-3/undervisningsmateriale/Lysark_torgersen_v-09.pdf

http://websir.lovdata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=hensikt*&emne2=vinning&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=lov+og+rett&trunker=on

<http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=Andersen&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on>

http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=uegentlig+villfarelse*&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on

<http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=subjektivt+overskudd&emne2=samtykke&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on>

http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=villfarelse*%2C+vinnings+hensikt*&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on

<http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=istad&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on>

<http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=istad&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on>

<http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftzsok?bas=jus+eur+lod&emne1=eventuelt+forsett&button=S%F8k&sok=fast>

http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=villfarelse*&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on

<http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?bas=jus+eur+lod&emne1=eventuelt+forsett&button=S%F8k&sok=fast>

http://websir.lovddata.no/cgi-lex/wiftsok?txt=text&button=%A0+S%D8K+%A0&emne1=strafferettslig+samtykke*&emne2=&emne3=&emne4=&forfatter=&titt=&dato=&utgi=&publisert=&trunker=on

Se <http://www.ub.uio.no/skrive-referere/hvordan-referere/>